دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی

اموال و مالکیت

دکتر ناصر کاتوزیان

چاپ سی و پنجم – پاییز ۱۳۹۰
(تجدید نظر شده)

بنیاد حقوقی میزان

دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی

اموال و مالکیت

دکتر ناصر کاتوزیان

بنیاد حقوقی میزان

[redacted]

نشر میزان

دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی

اموال و مالکیّت

دکتر ناصر کاتوزیان

استاد ممتاز دانشگاه تهران

چاپ سی و پنجم: پاییز ۱۳۹۰

(تجدیدنظر شده)

شمار: ۵۰۰۰ نسخه

قیمت: ۷۵۰۰ تومان

شابک: ۹-۲۵-۵۹۹۷-۹۶۴

دفتر مرکزی: خ شهید بهشتی، بعد از تقاطع سهروردی، خ کاووسی‌فر، کوچه نکیسا، پلاک ۳۲، تلفن

فروشگاه مرکزی: خ انقلاب، روبروی درب اصلی دانشگاه تهران، ابتدای خ فخررازی، پلاک ۸۳، تلفن

واحد پخش و فروش: خیابان سمیّه، بین مفتح و فرصت، پلاک ۱۰۳، تلفن، ۳۱-۸۸۳۳۹۵۲۹

بسم الله الرحمن الرحیم

«لَقَدْ اَرْسَلْنٰا رُسُلَنٰا بِالْبَيِّنٰاتِ وَ اَنْزَلْنٰا مَعَهُمُ الْكِتٰابَ وَ الْمِيزٰانَ لِيَقُومَ النّٰاسُ بِالْقِسطِ»

«سورهٔ حدید، آیه ۲۴»

نشانه‌های اختصاری

قانون اساسی	ق.ا.
قانون مدنی	ق.م.
قانون مجازات اسلامی	ق.م.ا.
قانون تجارت	ق.ت.
قانون امور حسبی	ق.ا.ح.
قانون آیین دادرسی مدنی	ق.آ.د.م.
قانون مسئولیت مدنی	ق.م.م.
قانون ثبت اسناد	ق.ث.ا.
رجوع کنید	ر.ک.
جلد	ج.
چاپ	چ.
سطر	س.
شماره	ش.
صفحه	ص.

عنوانهای اصلی کتاب

اموال و مالکیت

عنوان صفحه

مقدمـه: حقوق مالی

۱. مفاهیم

۱. مفهوم مال:

از نظر حقوقی، به چیزی مال گویند که دارای دو شرط اساسی باشد:

۱) مفید باشد و نیازی را برآورد، خواه آن نیاز مادی باشد یا معنوی؛

۲) قابل اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین باشد.

اشیائی، مانند دریاهای آزاد و هوا و خورشید، از ضروری‌ترین وسائل زندگی است؛ ولی، چون هیچ‌کس نمی‌تواند نسبت به آن ادعای مالکیت انحصاری کند، مال محسوب نمی‌شود. احتمال دارد اشخاص بخشی ناچیز از هوا یا انرژی خورشیدی را به خود اختصاص دهند و تملک کنند، ولی این تملک که چهره‌ای از انتفاع از این نعمتهای خداداد و همگانی است، باید به‌گونه‌ای باشد که مزاحم بهره‌برداری عموم از آنها نباشد.

ولی، بر خلاف آنچه در ابتدا به نظر می‌آید، لازم نیست که مال دارای مالک خاص باشد: چنان‌که قانون مدنی فصل سوم از باب اول را اختصاص به بیان اقسام و احکام اموالی داده است که مالک خاص ندارد: مانند آبهای مباح و زمین موات و شکار.

در گذشته واژهٔ *«مال»* ویژهٔ کالای مادی بود. ولی پیشرفتهای زندگی کنونی بتدریج آن را از این معنی محدود و ابتدائی خارج ساخته است، چندان که امروز به تمام عناصر گوناگون دارائی (مانند زمین و اموال منقول و مطالبات و حقوق مالی، و حتی حق تألیف و اختراع و سرقفلی) نیز مال گفته می‌شود.[۱]

---

۱. رک. قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ش ۳۸۲.

قانون مدنی در باب اول به تقسیم اموال پرداخته است، ولی در تعریف آن سخنی نمی‌گوید. با وجود این، از ملاحظهٔ مصداق‌های این واژه (مواد ۸۷۲ و ۹۴۶ و ۱۲۱۴ و ۱۲۱۷) بخوبی برمی‌آید که نویسندگان قانون هم آن را به معنی گستردهٔ خود در نظر داشته‌اند. در این معنی واژهٔ *«مال»* به تمام اشیاء و حقوقی که دارای ارزش اقتصادی است گفته‌می‌شود. در پاره‌ای موارد نیز، برای رفع هرگونه ابهام، (اموال و حقوق مالی) با هم آورده شده است. این تفصیل، از نظر منطقی زاید و قابل انتقاد بنظر می‌رسد و یادگار دورانی است که مال و حقوق مالی دو مفهوم جداگانه بود. بدین ترتیب، واژهٔ مال در عرف کنونی به دو معنی مادی و حقوقی به‌کار برده می‌شود:[1]

۱. به معنای مادی و محدود، مال به اشیایی گفته می‌شود که موضوع داد و ستد حقوقی بین اشخاص قرار می‌گیرد: مانند خانه، اتومبیل، فرش و جواهر.

۲. به معنای مجرد و حقوقی که عبارت از حقوق مالی است که به اشخاص امکان انتفاع از اشیاء مادی را می‌دهد: مانند حق مالکیت و طلب از دیگران. بزودی خواهیم دید که تنها به این معنی اس ت که حقوق به اشیاء می‌پردازد (ش ۵).

۲. مال و ارزش اقتصادی:

در تعریف مال مرسوم است که می‌گویند، چیزی است که ارزش داد و ستد دارد و در برابر آن پول یا مال دیگر داده می‌شود. معیار تمیز این ارزش نوعی است و در اختیار عرف: یعنی، در بازار معادل مبلغی پول است.[2]

این تعریف را از دو جهت باید تعدیل کرد و در رابطهٔ مال و ارزش اقتصادی به آن توجه داشت:

۱. ارزش نتیجهٔ رغبتی است که اشخاص برای به دست آوردن چیزی در خود احساس می‌کنند. خواستها و نیازهای مردمی که در جامعه زندگی می‌کنند با هم شباهت دارد و از این‌رو است که گفته می‌شود *«ارزش چهرهٔ نوعی و همگانی دارد»*. ولی، هیچ مانعی ندارد که مالی در رابطهٔ دو طرف قرارداد ارزش مالی داشته باشد، هرچند که

---

۱. الکسی ویل (Alex weill)، حقوق مدنی، چاپ سوم، ج ۱، ش ۱۹۹.

۲. قواعد عمومی قراردادها، همان کتاب، ش ۳۸۴.

دیگران در برابر موضوع آن بهایی نپردازند. کافی است که انگیزهٔ معامله عقلایی و مشروع باشد: برای مثال، خرید و فروش عکسها و یادگارهای خانوادگی درست است، در حالی که احتمال دارد بازار برای آنها ارزشی نشناسد.

۲. مال اندک (مانند دانه‌ای گندم) موضوع داد و ستد واقع نمی‌شود و عرف بی‌اعتنا از آن می‌گذرد. ولی نباید چنین پنداشت که مالیت ندارد:[۱] به همین جهت، اگر دزدی خرمن گندمی را دانه‌دانه برباید، نمی‌گویند بر ارزشی دست نیافته و مالی را نربوده است. وانگهی، اگر دانه‌ای از گندم مالیت نداشته باشد، باید دید ارزش مجموع از کجا آمده است؟ آیا نتیجهٔ مجموع اجزاء است یا اثر وجود ارزش در هر جزء؟ و به‌نظر می‌رسد پاسخ اخیر درست است و هر دانهٔ گندم هم مفید است و هم قابل تملّک: چنان‌که در محاسبه‌های بانکی و بازرگانی مهم، از آن نمی‌گذرند.

۳. مال آینده:

در موردی که مالی به حکم عادت در آینده ایجاد می‌شود و زمینهٔ این وجود در دید عرف ارزش دارد (مانند میوهٔ درخت و منافع سکونت در خانه‌ای برای آینده) باید آن را مال یا در حکم مال دانست. به همین جهت، فروش میوهٔ آیندهٔ درخت و اجارهٔ خانه درست است و آن را باید به واگذاری استعداد عین در ایجاد مال تعبیر کرد. تلف این گونه اموال نیز موجب ضمان و مسؤولیت است: برای مثال، اگر شخصی مانع از انتفاع مالک از مال خود شود و کارگری را از کار خود باز دارد، باید خسارت ناشی از تلف آن را جبران کند.[۲]

۴. حق مالی و غیرمالی:

حق را به مالی و غیرمالی تقسیم کرده‌اند:

۱. حق غیرمالی امتیازی است که هدف آن رفع نیازهای عاطفی و اخلاق انسان است. موضوع این حق روابط غیرمالی اشخاص است. ارزش داد و ستد را ندارد و قابل ارزیابی به پول و مبادلهٔ با آن نیست: مانند حق زوجیت، حق ابوت و بنّوت، حق ولایت یا حقی که

---

۱. همان کتاب، ش ۳۸۳.

۲. برای دیدن تفصیل مطلب دربارهٔ معامله به مال آینده، رک. همان کتاب، ش ۳۹۱.

پدید آورندهٔ اثر ادبی یا هنری در انتشار آن دارد... و امثال اینها.

غالب این حقوق آثار مالی دارد: چنان‌که حق وراثت سبب می‌شود که شخص دارائی خود را تملک کند، و حق زوجیت امکانِ مطالبهٔ نفقهٔ وارث را به دنبال دارد؛ ولی اصل حق را نمی‌توان به دیگری واگذارد و وسیلهٔ تحصیل مال قرار دارد، به وارثان انتقال نمی‌یابد و طلبکاران شخص نیز نمی‌توانند با توقیف و تملک و فروش حق غیرمالی وسیلهٔ تأمین وصول طلب خود را فراهم آورند.

۲. حق مالی امتیازی است که حقوق هر کشور، به منظور تأمین نیازهای مادی اشخاص، به آنها می‌دهد. هدف از ایجاد حق مالی تنظیم روابطی است که، به لحاظ استفادهٔ از اشیاء، بین اشخاص وجود دارد و موضوع مستقیم آن تأمین حمایت از نفع مادی و باارزش است. این دسته از حقوق، برخلاف گروه نخست، قابل مبادله و تقویم به پول است: مانند حق مالکیّت، حق انتفاع و حق مطالبهٔ مبلغی پول یا انجام دادن کار معین.

قابلیّت مبادلهٔ حقوق مالی با پول سبب می‌شود که حق مالی اصولاً انتقال‌پذیر باشد:[1] هم به وارثان شخص برسد و هم قابل معاوضه و داد و ستد باشد و طلبکاران نیز بتوانند با توقیف و فروش حق به طلب خود برسند.

نه تنها آثار مالی حقوق غیرمالی این دو دسته را به هم نزدیک می‌کند، در پاره‌ای از حقوق، چهرهٔ مالی و غیرمالی با هم مخلوط شده است: برای مثال، حقی که مؤلف بر آثار خود دارد هر دو جنبه را داراست. به همین جهت، هنگامی که نویسنده‌ای حق انتشار آثار خود را به دیگری واگذار می‌کند، می‌گویند جنبهٔ مالی حق تألیف را انتقال داده، ولی حق اخلاقی او در باب دفاع از انتقادهای نابجای دیگران و جلوگیری از تقلید و تحریف آن باقی و محفوظ مانده است. در عین حال، جنبهٔ مالی و اخلاقی این تألیف با هم ارتباط نزدیک دارد، چنان‌که خرده‌گیری از یک کتاب، نه تنها به حق معنوی نویسنده صدمه می‌زند، در منافع مادی آن نیز اثر دارد.

همچنین، یادگارهای خانوادگی، با اینکه به‌طور معمول ارزش مالی ندارد، اگر به امضای شخص مشهور یا اثر هنرمند برجسته‌ای باشد، هر دو جنبهٔ مالی و معنوی را داراست.

---

۱. برای دیدن اصل انتقال‌پذیری حقوق مالی و استثناهای آن، رک، ناصر کاتوزیان، مقدمهٔ علم حقوق، ش ۲۹۲ و ۲۹۳.

پس، باید گفت که این تقسیم بر مبنای غلبهٔ چهرهٔ مالی یا اخلاقی حق است و نباید مرز قاطعی میان این دو گروه رسم کرد یا ماهیت آنها را جدا پنداشت.[۱]

۵. اموال و حقوق مالی:

حقوق تنها به روابط اجتماعی اشخاص می‌پردازد. مال نیز به اعتبار اثری که در این رابطه دارد موضوع حکم قرار می‌گیرد. حقوق در این رابطه‌ها اثر می‌کند، ولی توان تغییر جهان خارج را ندارد: به بیان دیگر، حقوق جهان اعتبار و قرارداد است نه دنیای طبیعت و تکوین. پس، همیشه مال تعبیر عرفی از وجود حق مالی است، یعنی رابطهٔ اعتباری که شخص را به مال مربوط می‌کند و مفهومی جدای از آن ندارد. زیرا اشیاء مادی، به این اعتبار که ملک اشخاص قرار می‌گیرد، مال محسوب می‌شود: اگر می‌گوییم: فلان شییء مال ماست، در حقیقت تعبیر از این است که بر آن حق مالکیت داریم؛ یا وقتی در زبان عرفی گفته می‌شود: فلانی خانهٔ خود را به دیگری فروخت، کنایه از این است که او حق مالکیتی را که بر خانه داشت در برابر مبلغی منتقل ساخت. بدین ترتیب، تقسیم اموال به مادی و غیرمادی یا اموال و حقوق مالی قابل انتقاد به نظر می‌رسد.

حق مالکیت، از این جهت که شامل تمام منافع اقتصادی شییء می‌شود، چنان با موضوع خود به هم آمیخته که در نظر نخست مورد توجه قرار نمی‌گیرد. ولی، با اندک تأمل بخوبی پیداست که، آنچه مورد تملک قرار می‌گیرد و به اشخاص اختصاص می‌یابد و از نظر حقوقی در آن تصرف می‌شود، رابطهٔ اعتباری است که انسان با اشیاء دارد و، به‌خاطر همین رابطه است، که به آنها *«مال»* گفته می‌شود.

ولی، جدایی حق و شییء موضوع آن، در سایر حقوق مالی روشن و محسوس است: برای مثال، در مورد حق ارتفاق و انتفاع، چون بستگی و رابطهٔ شییء با شخص به کمال حق مالکیت نیست، وجود حق و شییء خارجی در ذهن جداگانه تصور می‌شود. به‌همین جهت هم در ادبیات حقوقی ما مالکیت را در برابر حقوق مالی می‌نهند تا نشانه‌ای برای درجهٔ کمال مالکیت باشد و حق در مرتبه‌ای ضعیف‌تر از ملک قرار گیرد.

---

۱. رک. ناصر کاتوزیان، مقدمهٔ علم حقوق و نظام حقوقی ایران، ش ۲۳۸ ـ و در حقوق فرانسه: مازو و شاباس، دروس حقوق مدنی، ج ۱، مقدمه بر مطالعهٔ حقوق، چاپ دهم ۱۹۹۱، ش ۱۵۸ ـ ویل، همان کتاب، ش ۲۰۰ ـ مارتی ورینو، ج ۱، ش ۱۴۴.

۲. اقسام حقوق مالی

٦. حق عینی و دینی:

فردگرایان در تعریف حق می‌گویند: اقتدار و امتیازی است که شخص در برابر سایر اعضاء جامعه داراست. انسان برای ادامهٔ زندگی به اشیاء خارجی نیاز دارد و حق دارد از آنها استفاده کند. انتفاع او از اشیاء از دو راه ممکن است: ۱) از مال مورد نیاز بی‌واسطه و مستقیم بهره‌برداری کند ۲) صاحب حق آن را به وسیلهٔ دیگری اعمال کند. بر همین مبنا است که حقوقی را که انسان بر اشیاء دارد به دو دسته تقسیم کرده‌اند: حق عینی و حق دینی.

بنابراین، پیش از تقسیم اشیائی که موضوع حق قرار می‌گیرد و به این اعتبار قانون مدنی آن را مال گفته است، باید اقسام حق مالی مورد مطالعه قرار گیرد.

۷. حقوق عینی:

حق عینی حقی است که شخص، به‌طور مستقیم و بی‌واسطه، نسبت به چیزی پیدا می‌کند و می‌تواند از آن استفاده کند. پس، در حق عینی تنها دو عنصر وجود دارد:

۱) شخصی که صاحب حق است (اعم از شخص طبیعی یا حقوقی).

۲) چیزی که موضوع حق قرار می‌گیرد.

حق عینی به‌طور مستقیم بر موضوع خود اعمال می‌شود و لازم نیست که اجراء و رعایت آن از اشخاص دیگری مطالبه شود. ولی، هرگاه موضوع حق در تصرف دیگری باشد و او مانع اجرای آن گردد، صاحب حق می‌تواند رد مال را از متصرف بخواهد.

کامل‌ترین نوع حق عینی *«مالکیّت»* است که به موجب آن مالک حق همه‌گونه انتفاع و تصرف را در ملک خود پیدا می‌کند. حق انتفاع و ارتفاق از اجزاء و شاخه‌های حق مالکیت است و صاحب آن به‌طور محدود می‌تواند در عین مال تصرف کند و از منافع آن بهره‌مند شود.

پیش از تحول اقتصادی سده‌های اخیر و دگرگونی مفاهیم دارایی و حقوق اجتماعی و ارزش یافتن نوعی پاره‌ای از رابطه‌های حقوق (مانند اسکناس و اسناد در وجه حامل و سهام شرکتها و برگهای اعتباری و وام)، حقوق عینی ارزش و اعتبار بیشتری داشت و

رابطهٔ حقوقی باارزش اهمیت کنونی را دارا نبود: چنان‌که قانون مدنی نیز «*عقود و تعهدات*» را به عنوان یکی از اسباب تملک مطالعه می‌کند. امروز اهمیت اقتصادی حقوق عینی نسبت به حقوق دینی تعدیل شده است: با وجود این، در قوانین کنونی که یادگار و میراث گذشته است، حق عینی امتیازهای چشمگیری نسبت به حق دینی دارد که بزودی در مقایسهٔ آن دو خواهیم دید.

۸. حق عینی تبعی:

حقوق عینی را نیز به دو دستهٔ ممتاز تقسیم کرده‌اند:

۱) حق عینی اصلی، که به انسان اختیار استعمال و انتفاع از چیزی را، به‌طور ناقص یا کامل، می دهد.

۲) حق عینی تبعی، که به موجب آن، عین معینی وثیقهٔ طلب صاحب حق قرار می‌گیرد و به او حق می‌دهد که، در صورت خودداری مدیون از پرداخت دین، طلب خود را از آن محل استیفاء کند. در این حالت، حق دینی طلبکار، به خاطر وثیقه‌ای که برای آن معین شده است، خاصیت حق عینی را پیدا می‌کند. منتها، در این گونه موارد، صاحب حق نمی‌تواند از منافع عین وثیقه استفاده کند و فقط نسبت به آن حق تقدم بر دیگر طلبکاران و تعقیب را دارا می‌شود.

پس، تفاوت حق عینی تبعی و اصلی را در این دو نکته می‌توان خلاصه کرد:

۱) در حق عینی اصلی، صاحب حق، به‌طور کامل یا ناقص، می‌تواند از منافع مال استفاده کند؛ ولی در حق عینی تبعی، منافع وثیقه به مدیون تعلق دارد و مرتهن فقط می‌تواند، در صورت خودداری مدیون از پرداخت دین، طلب خود را از حاصل فروش عین استفاده کند.

۲) حق عینی تبعی مستقل نیست و در صورت پرداخت دین از بین می‌رود. ولی حق عینی اصلی تابع هیچ دینی نیست و اصالت دارد. از نتایج همین عدم استقلال است که برای استفاده از حق عینی تبعی، ابتدا باید طلب اصلی را از مدیون خواست.

۹. حقوق دینی یا شخصی:

حق دینی حقی است که شخص نسبت به دیگری پیدا می‌کند و، به موجب آن،

می‌تواند انجام دادن کاری را از او بخواهد. صاحب این حق را دائن یا طلبکار و کسی را که ملزم است مدیون یا بدهکار می‌نامند. اصل حق نیز به اعتبار صاحب آن، طلب است؛ و به لحاظ مدیون، تعهد یا دین نام دارد و ممکن است ناظر به ۱) انتقال مال ۲) انجام دادن کار ۳) خودداری از امری باشد.[۱]

کسی که دارای حق دینی است، فقط به وسیلهٔ مدیون و به‌طور غیرمستقیم می‌تواند آن را بر روی اشیاء اعمال کند و راه عملی اجرای حق این است که الزام مدیون را به اجرای تعهد از دادگاه بخواهد: برای مثال، در فرضی که مالک زمینی در قولنامه تعهد به انتقال آن می‌کند، طرف تعهد (خریدار قولنامه) می‌تواند الزام مالک را به انتقال از دادگاه بخواهد و پیش از آن حق تصرف و انتفاع از زمین را ندارد، زیرا پس از تعهد نیز ملکیت مدیون باقی است.

۱۰. تعهد عینی:

اصطلاح «*تعهد عینی*» برای نشان دادن وضع ویژهٔ تعهدی است که باید از محل عین معین بجا آورده باشد: مانند اینکه باغداری تعهد می‌کند که از میوهٔ درخت معین سالیانه مقداری به طلبکار بدهد یا ضامنی تعهد می‌کند که دین را از اعتبار یا محل فروش عین معین بپردازد.

در ادبیات حقوقی ما کمتر به ماهیت این‌گونه طلبها و رابطه‌ای که طلبکار با آن عین پیدا می‌کند پرداخته شده است: دشواری تحلیل از آنجا آغاز می‌شود که از یک سو رابطهٔ حقوقی بین دو شخص و به موجب قراردادی ایجاد شده که اثر آن نسبی است و، از سوی دیگر، سایهٔ تعهد بر عین معین قرار گرفته است و این سؤال را مطرح می‌سازد که آیا مالک بدین‌وسیله و به‌گونه‌ای ضمنی حق مالکیت خود را محدود نساخته و اختیار از بین بردن یا انتقال به دیگران را از خود سلب نکرده است؟

بی‌گمان، طلبکار هیچ حق عینی اصلی بر مال موضوع تعهد پیدا نمی‌کند و حق ندارد پیش از رجوع به مدیون طلب خود را اجراء کند و، برای مثال، میوهٔ درخت معهود را بچیند یا عین را بفروشد. ولی، نسبت به وجود حق عینی تبعی یا حکم وضعی، در آن

۱. دربارهٔ مفاد و مثال هر یک از این سه موضوع، رک. مقدمهٔ علم حقوق، ش ۲۴۳.

تردید وجود دارد:

فرض کنیم متعهد عینی موضوع التزام خود را به دیگران انتقال دهد. در این وضع، طلبکار می‌تواند قرارداد میان خود و بدهکار را به دلیل تخلّف از شرط صریح یا ضمنی آن فسخ کند، ولی آیا حق دارد ابطال انتقال را نیز درخواست کند و بدین‌وسیله مانع اجرای طلب را از میان بردارد؟

این پرسش به ویژه در موردی که مالک پس از امضای قولنامه موضوع آن را به دیگری می‌فروشد شایع است. زیرا، تعهد فروشنده نیز از همین سنخ است و باید از محل عین معین اجراء شود.

نظر مشهور این است که، چون طلبکار حق عینی ندارد و بدهکار مال خود را انتقال داده است، ابطال آن امکان ندارد، به‌ویژه جایی که خریدار نیز از موضوع تعهد آگاه نیست و برای از بین بردن آن با بدهکار تبانی نکرده است. با وجود این، در فرضی که احراز می‌شود مالک به‌طور ضمنی حق انتقال به دیگران را از خود سلب کرده است، امکان درخواست ابطال و پذیرش آن ترجیح دارد. همچنین، اگر بپذیریم که قانون سوءاستفاده از حق را منع می‌کند، باید گفت فروش موضوع تعهد را قانونگذار نهی کرده است و این نهی به اساس معامله توجه دارد (اصل ۴۰ قانون اساسی).[1]

اصطلاح «تعهد عینی» ممکن است در فرض دیگری هم به‌کار رود؛ فرضی که شخص حقی به اعتبار مالکیت خود بر دیگری به اعتبار مالکیت او دارد: برای مثال، در حق ارتفاق که نظریهٔ مشهور و مرسوم آن را از شاخه‌های مالکیت (حق عینی) می‌شمارد، حاوی تعهدهایی است که شخص به عنوان مالکیت زمینی در برابر صاحب حق دارد و با از دست دادن مالکیت خود از آن تعهدها نیز آزاد می‌شود.[2] به بیان دیگر، دینی که مالک درَ فراهم آوردن وسایل اجرای حق دارد و وابسته به عنوان مالکیت است نه شخصیت او.

مادهٔ ۹۳ قانون مدنی در تعریف حق ارتفاق می‌گوید: «*ارتفاق حقی است برای شخصی در ملک دیگری*». ولی خواهیم دید که این تعریف گویای ماهیت ویژهٔ این حق

---

۱. برای مطالعه در این باره، به ویژه نسبت به آثار قولنامه، رک. قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، خواندنیها، قرائت و تمرین (۶)، عقود معین، ج ۱، ش ۴۶.

۲. دربارهٔ تعهد عینی به این معنی، رک. کورنو (G.Cornu)، حقوق مدنی، مقدمه و اشخاص و اموال، چاپ چهارم، ش ۱۰۰۱.

نیست.[1] در تعریف این حق می‌توان گفت: «حق است که به موجب آن صاحب ملکی، به اعتبار مالکیت خود، می‌تواند از ملک دیگری استفاده کند». این استفاده تعهدهای گوناگون مثبت و منفی برای صاحب ملک دیگر ایجاد می‌کند، که به اعتبار وابستگی به عین ملک، تعهد عینی نامیده شده است.

۱۱. مقایسهٔ حق عینی و دینی:

حق عینی از جهات گوناگون با حق دینی تفاوت دارد:

۱. چنان‌که گفته شد، در حق عینی فقط دو عنصر موضوع حق و مالک آن وجود دارد و حال آنکه برای تصور حق دینی وجود سه عنصر زیر ضروری است:

اول ـ طلبکار یا صاحب حق؛

دوم ـ مدیون که ملزم به اجرای تعهد است؛

سوم ـ موضوع حق یا تعهد.

۲. موضوع حق عینی همیشه یک شییء مادی است و باید در خارج معین باشد. ولی حق دینی ممکن است ناظر به انجام دادن کار و خودداری از آن نیز باشد و اختصاص به اشیاء ندارد. در مواردی هم که موضوع حق دینی شییء است، می‌تواند عین معین باشد (مانند تعهد بر تسلیم خانهٔ معین) یا کلی (مانند فروش یک بلیط راه‌آهن).

۳. اسباب ایجاد حق عینی محدود به موارد خاص است و شمار حقوق عینی را قانون معینی می‌کند، زیرا احترام آن از عموم خواسته می‌شود. ولی، حق دینی رابطهٔ خاص دو طرف آن و تابع حکومت اراده است. یکی از منابع مهم حق دینی قرارداد است و بر طبق *«اصل آزادی قراردادی»* دو طرف عقد می‌توانند تعهدهای ناشی از آن را به دلخواه معین کنند.[2]

۴. حق عینی در برابر همه قابل استناد است، ولی حق دینی نسبت به شخص مدیون قابل اجراء است و دائن، برای وصول طلب خود و اجرای تعهد، تنها به او می‌تواند رجوع کند. به همین مناسبت است که می‌گویند: حق عینی مطلق و حق دینی نسبی است.

۵. حق عینی متضمن حق تعقیب است: یعنی صاحب آن می‌تواند مال خود را در

---

۱. رک. ش ۲۳۷.

۲. مازو و شاباس، ج ۲، ش ۱۶۴ ـ الکس ویل، ج ۱، ش ۲۰۶.

دست هرکس بیابد مطالبه کند. ولی، حق دینی حاوی حق تعقیب نیست و موضوع آن را فقط از شخص مدیون می‌توان خواست. برای مثال، هرگاه شخصی تعهد کند که اتومبیل خود را در روز معین در اختیار دیگری بگذارد و اتومبیل را پیش از رسیدن آن روز بفروشد، طلبکار نمی‌تواند از مالک جدید بخواهد تا تعهد فروشنده را بجای آورد. در صورتی که اگر همین شخص اتومبیل خود را می‌فروخت و بعد آن را به شخص دیگر می‌داد، خریدار می‌توانست مال خود را در هر کجا و نزد هرکس که می‌دید مطالبه کند.

۶. حق عینی متضمن حق تقدم برای مالک آنست: بدین معنی که هرگاه، در خصوص استفاده از شییء معین، بین طلبکار و صاحب حق عینی اختلاف شود، اجرای حق عینی بر طلب ساده برتری دارد. زیرا او به‌طور مستقیم می‌تواند حق خود را بر آن مال اعمال کند، درصورتی که طلبکار فقط می‌تواند به وسیلهٔ الزام مدیون از آن بهره‌مند شود: چنان‌که اگر دارایی تاجری نتواند کفاف پرداختن دیون او را بکند، صاحبان حقوق عینی بر سایر طلبکارها حق تقدم دارند، و پس از اجرای حقوق ایشان، بقیه بین سایرین به نسبت طلبشان تقسیم خواهد شد.

۱۲. انتقاد از تقسیم:

تمیز حقوق عینی از دینی، آنگونه که مرسوم پیشینیان بوده، مورد انتقاد بسیاری از نویسندگان قرار گرفته است و پاره‌ای از آنان تا جایی در این راه پیش رفته‌اند که مبنای این تقسیم را موهوم و نادرست شمرده و ماهیت همهٔ حقوق مالی را یکسان دانسته‌اند. ولی، مخالفان تقسیم حقوق مالی همه از یک مبنا پیروی نمی‌کنند و آنان را باید به دو گروه ممتاز تقسیم کرد:

۱. بعضی گفته‌اند حق مفهومی است اجتماعی و فقط در روابط اشخاص قابل تصور است. وجود حق همیشه با تکلیف دیگران در احترام به آن همراه است و، چون شییء نمی‌تواند دارای تکلیف باشد، رابطهٔ حقوقی بین شخص و مال نیز امکان ندارد. در حقوق عینی نیز، مانند حق دینی، سه رکن وجود دارد، جز اینکه در برابر حق دینی تنها مدیون ملزم است. ولی، در حق عینی تمام مردم مکلف به احترام به آن هستند. نامحدود بودن متعهدان حق عینی تنها از لحاظ نظری مشکل به نظر می‌رسد. زیرا، این رابطهٔ حقوقی زمانی مطرح می‌شود که شخصی مزاحم صاحب حق عینی شود یا در موضوع حق بدون رضای او تصرف کند. در این مورد، صاحب حق

می‌تواند بر شخص معین (متصرف یا مزاحم) دعوی کند. بنابراین، در اثر تجاوز به حق عینی، متعهد آن خودبه‌خود ظاهر می‌شود و با اقامهٔ دعوی، دینی که او در احترام به حق داشته است، مورد استفاده قرار می‌گیرد.[۱]

۲. گروه دیگر خواسته‌اند که حق دینی را نوعی حق عینی جلوه دهند، و از این راه جدایی بین این دو حق را نادرست شمارند. می‌گویند هدف حق دینی رسیدن به یک نفع مادی است، و در واقع صاحب آن اجرای حق خود را بر مالی از مدیون می‌خواهد. برای کسی که مبلغی از دیگران طلبکار است، وصول این پول اهمیت دارد و شخص مدیون در این میانه تنها وسیله است. زیرا، چه تفاوت می‌کند که آن پول را مدیون اصلی بپردازد یا دیگری. بنابراین، حق دینی نیز در واقع مربوط به اشیاء است و هیچ تفاوتی با حق عینی ندارد.[۲]

باید دانست که این هر دو مکتب در انکار تفاوت بین حق عینی و دینی مبالغه کرده‌اند: درست است که تکلیف با اراده و شخصیت ملازمه دارد و برای جسم بیجان نمی‌توان تصور تکلیف کرد، ولی مال همیشه می‌تواند موضوع حق قرار گیرد. و مقصود از رابطهٔ بین شخص و مال نیز همین امر است. صاحب حق عینی، به لحاظ طبیعت این حق، اختیار و قدرت خاصی پیدا می‌کند که به‌موجب آن می‌تواند در برابر هر متجاوز اقامهٔ دعوی کند و همین قدرت است که حقوق عینی را از دینی ممتاز می‌سازد.

از طرفی، در تمام حقوق دینی نباید شخصیت مدیون را در اساس حق فراموش کرد. زیرا در بسیاری امور، مهارت و امانت و حتی خصوصیتهای ظاهری مدیون از ارکان و لوازم دین است. چنان‌که، اگر جراحی تعهد به انجام دادن عمل خطرناکی کند، آیا می‌توان گفت برای بیمار تفاوت نمی‌کند که شخص جراح عمل را انجام دهد یا دیگری؟

وانگهی، تفاوتهایی که در طرز استفاده از این دو حق و چگونگی اجرای آنها اشیاء وجود دارد، لزوم این تقسیم را انکارناپذیر می‌سازد.[۳]

۱. پلنیول، رسالهٔ مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، ش ۱۲۵۸ به بعد ـ ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۶۶۰ ـ دموگ، تعهدات به‌طور کلی، ج ۱، ش ۴.

۲. سالی و لامبرولربوریی ژونیر (نقل از کولن و کاپیتان و لاموراندیر، ج ۱، ش ۱۲ ـ دکتر احمد السنهوری، نظریةالعقد، ش ۱۵).

۳. پلنیول نیز، با همهٔ انتقادهایی که از مبانی حق عینی کرده، این تقسیم را پذیرفته است.

۱۳. نقص این تقسیم و نزدیک شدن آثار حق عینی و دینی:

با اینکه تقسیم حق به عینی و دینی نادرست نیست، آن گونه که ادعا شده است همهٔ حقوق مالی را در بر نمی‌گیرد، و گاه نیز پاره‌ای از حقوق هر دو جنبه را داراست. توجه به این دو نکته نقص این تقسیم و ارزش کنونی آن را روشن می‌سازد:

۱. تحولات زندگی کنونی حقوقی به وجود آورده است که ماهیت آن با هیچ یک از حقوق عینی و دینی قابل انطباق نیست. برای مثال، حقی که مؤلف بر نوشته‌های خود دارد، هرچند که در برابر همه قابل استناد است و از لحاظ انحصاری بودن با مالکیت شباهت تام دارد،[1] برخلاف سایر حقوق عینی، موضوع آن شیء نیست و ناظر به ابداع فکر نویسنده است. امروز حقوق معنوی به اندازه‌ای اهمیت پیدا کرده است که دیگر نمی‌توان تقسیم حق به عینی و دینی را کامل شمرد. طبیعت این حقوق ایجاب می‌کند که گروه خاصی به شمار آید و حق مالی به سه دستهٔ عینی و دینی و معنوی تقسیم شود.

همچنین، حقی که شریکان در شرکتهای تجارتی دارند طبیعت خاص دارد و با ساختمان هیچ‌یک از این دو حق یکسان نیست. بدون تردید، آنان حق عینی بر اموال شرکت ندارند، زیرا این اموال متعلق به شخصیت حقوقی است و، بنابر فرض، این شخصیت وجود ممتاز و مستقل دارد. ولی طلبکار شرکت نیز به حساب نمی‌آیند، چون سهم معینی از سود را می‌برند و هنگام انحلال شرکت نیز اموال بین آنها تقسیم می‌شود. طلبکار می‌تواند اصل طلب و بهرهٔ آن را، بدون توجه به میزان سود و زیان شرکت، بخواهد و پس از وصول این مبلغ نیز هیچ حقی بر اموال شرکت ندارد.

۲. حق دینی در ابتدا رابطهٔ بین شخص طلبکار و بدهکار بود و قابل انتقال به دیگران به شمار نمی‌رفت. همین ارتباط نزدیک با شخصیت طرفین یکی از مختصات حق دینی در برابر مالکیت بود و نسبی بودن آن را روشن می‌ساخت. ولی، امروز انتقال طلب و دین بیش و کم پذیرفته شده است.

اسناد تجارتی را به آسانی، و گاه تنها به وسیلهٔ تسلیم ورقه، می‌توان انتقال داد و حقوق صاحبان این گونه اسناد با حق مالکیت شباهت زیاد پیدا کرده است.

---

۱. به همین مناسبت هم آن را مالکیت ادبی و صنعتی گفته‌اند، ولی حقوق معنوی گاه با حق غیرمالی نیز همراه است و تمام آن را در استفادهٔ انحصاری از حق خلاصه نمی‌توان کرد.

۱۴. نتیجه؛ در جستجوی اصل:

از آنچه گفته شد، این نتیجه گرفته می‌شود که تقسیم حقوق مالی به عینی و دینی نادرست نیست و، برخلاف آنچه ادعا شده است، ماهیت حق عینی و حق شخصی و احکام و آثار آن دو با هم تفاوت دارد. ولی، آنچه از برخورد نقد مخالفان با نظریهٔ مرسوم آشکار می‌شود، وجود حقوقی است که زندگی اجتماعی ایجاد کرده و در این تقسیم نمی‌گنجد: از جملهٔ مهم‌ترین آنها حقوق معنوی است که مبتکران بر حاصل ابداع و اندیشهٔ خود دارند؛ حقی که در برابر همگان قابل استناد است و بر شخص معین اعمال نمی‌شود و از این جهت به مالکیت می‌ماند، در حالی که موضوع و محل استقرار آن عین مادی و خارجی نیست. همچنین است حقی که شریکان در شرکتهای تجارتی دارند و دارای ماهیتی مختلط از حقوق بر اموال و اشخاص است و به نوعی مالکیت غیرمادی تعبیر می‌شود.[1] حق سرقفلی نیز در حقوق ما از جهتی به حق تقدم در اجارهٔ ملک می‌ماند و از دیدگاه دیگر خمیر مایهٔ اصلی آن حقی است که تاجر بر اعتبار و قدرت جذب مشتریان خود دارد؛ ارزشی که حاصل کار و حرفهٔ او است و جدای از عین قابل تصور و اعتبار است.

این نقض به اندازه‌ای اهمیت ندارد که به اعتبار تقسیم صدمه بزند،[2] ولی این سؤال مهم را مطرح می‌سازد که، هرگاه ماهیت حقی مورد تردید قرار گیرد یا معلوم شود که نهاد ایجاد شده اختلاطی از حق عینی و دینی است، احکام کدامیک از دو حق قابل اعمال است؟ قواعد مربوط به حقوق عینی را باید رعایت کرد یا احکام ناظر به حق دینی را؟ آیا اصلی در این زمینه وجود دارد که در موارد تردید ما را یاری کند؟

بعضی از نویسندگان فرانسوی به این سؤال چنین پاسخ داده‌اند که، قواعد مربوط به حقوق دینی یا شخصی از قواعد عمومی و مطابق با اصل است و احکام ناظر به حقوق عینی از قواعد استثنایی است که تنها دربارهٔ حقوق عینی مسلم باید اجراء شود. پس، در موارد تردید در ماهیت حق یا ماهیت مختلط حق باید از احکام حق شخصی پیروی

---

۱. ریپر و روبلو، رسالهٔ مقدماتی حقوق تجارت، ج ۱، چاپ ۱۳، ش ۷۹۲ به بعد.

۲. با وجود این، بعضی از نویسندگان پیشنهادهای دیگری برای تقسیم حقوق مالی کرده‌اند تا شامل همهٔ انواع آن بشود: گستن و گوبو، حقوق مدنی، ج ۱، مقدمهٔ عمومی، ش ۲۱۳ به بعد.

کرد.[۱] این معیار در مورد تردید در ماهیت حق متین و پسندیده است. زیرا، حق عینی پس از ایجاد قلمروی گسترده‌تر می‌یابد و برای جمع بیشتری ایجاد تکلیف می‌کند و طبیعی است که در مقام تردید باید به قدر متیقّن اکتفا کرد و نفوذ آن را نسبی شمرد. ولی، دربارهٔ حقوق مختلط، به نظر می‌رسد که باید دید کدام چهرهٔ حق مورد نزاع چیره است و متناسب با آن حکم قابل اعمال را برگزید. در ادبیات حقوقی ما هنوز به این سؤال پاسخ گفته نشده است و رویهٔ قضایی نیز در این زمینه وجود ندارد. پس، طرح آن می‌تواند به غنای اندیشه‌ها کمک کند.

۳. حقوق معنوی

۱۵. مفهوم حق معنوی:

گفته شد که آنچه در حکومت قانون قرار می‌گیرد و در جهان اعتبار قابل تغییر و انتقال و زوال است، رابطهٔ حقوقی میان اشخاص و اموال است و در واقع به همین رابطه *«مال»* می‌گویند. بدین ترتیب، در موردی هم که محل استقرار و موضوع حق نیز شییء مادی است، رابطهٔ با آن و امتیاز و اختیاری که به شخص دربارهٔ تصرف و انتفاع از شییء اعطاء شده *«مال»* نامیده می‌شود. پس، برخلاف نظریهٔ مرسوم هیچ ضرورتی ندارد که پایه و محل اجرای حق مالی و حتی مالکیت عین خارجی باشد. در حقوق کنونی ارزشهایی شناخته شده است که قابل مبادلهٔ با پول است. ولی، نه بر شخص دیگری است و نه بر عینی؛ موضوع این حق با ارزش ابتکارها و تراوشهای ذهنی انسان است. به همین جهت نیز چنین حقی در دایرهٔ تقسیم حق دینی و عینی نمی‌گنجد و خود گروهی ویژه از اموال نوظهور را تشکیل می‌دهد که وصف مشترک آنها تکیه بر حاصل ابتکار و اندیشهٔ انسان است و به همین اعتبار نیز «حقوق معنوی» نامیده می‌شود: مانند حق تألیف، حق اختراع، مالکیت صنعتی و تجارتی، حق بر علائم تجارتی و صنعتی، حق سرقفلی (به اعتبار حق بر مشتریان).

پاره‌ای از سنت‌گرایان هنوز هم در شناسایی این گروه از حقوق تردید دارند یا وجود آن‌را منوط به شناسایی قانون می‌کنند. معنی این تردید و احالهٔ به قانون انکار وجود

---

۱. مازو و شاباس، دروس حقوق مدنی، ج ۱، مقدمه، چاپ دهم ۱۹۹۰، ش ۱۶۹.

واقعی حق معنوی است؛ می‌خواهند بگویند که این وجود مجازی و اعتباری را قانون باید ایجاد کند. ولی، باید دانست که آفریدگار واقعی این ارزشها اجتماع است و قانون تنها می‌تواند برای ارزش ایجاد شده (مال) حکم وضع کند و توزیع آن را منظم و عادلانه سازد.

در تعریف حقوق معنوی می‌توان گفت: «حقوق است که به صاحب آن اختیار انتفاع انحصاری از فعالیت و فکر و ابتکار انسان را می‌دهد». برای مثال، حقی که تاجر و صنعتگر نسبت به نام تجارتی یا شکل خاص و علامت کالاها و فرآورده‌های خود دارد یا حقی که نویسندهٔ اثر ادبی یا مخترعی نسبت به آن اثر و اختراع پیدا می‌کند، حق معنوی است.

حق معنوی ماهیتی مختلط از حقوق مالی و با ارزش و حق غیرمالی و مربوط به شخصیت است. این اختلاط، به ویژه در فرضی که مؤلفی حق انتشار اثر خود را به دیگران واگذار می‌کند، دیده می‌شود: آنچه انتقال‌یافته چهرهٔ مالی حق تألیف و بهره‌برداری از انتشار اثر است. ولی، حق شخصی او دربارهٔ دفاع از اثر خود و تجدیدنظر در آن همچنان باقی است و مانند سایر حقوق غیرمالی به دیگران انتقال نمی‌یابد.[۱]

۱٦. حق بر محصول فکر و حق بر مشتری:

حقوق معنوی را به اعتبار موضوع آن به دو گروه تقسیم کرده‌اند:[۲] ۱) حقوقی که موضوع آن پدیده‌ای فکری و ابتکاری است؛ ۲) حقوق بر مشتری، خواه مشتریان تجارتی باشند (مانند سرقفلی) یا خدماتی (مانند حق سردفتران).

در هر دو گروه، موضوع حق امتیاز انحصاری انتفاع از پدیدهٔ ادبی و هنری یا فعالیت خاص است و به همین مناسبت هم به «*مالکیت*» تعبیر می‌شود:[۳] مانند حق مالکیت ادبی و هنری و صنعتی یا مالکیت سرقفلی. ولی بر این استعمال ایراد شده است که آنچه به‌صاحب آن تعلق می‌گیرد اوصاف حق مالکیت را دارا نیست و تنها با آن شباهت‌دارد.[۴] وانگهی، با مالکیت مرسوم، این تفاوت را دارد که موضوع و محل استقرار آن شیء مادی نیست.

قوانین گوناگونی هر دو گروه از حقوق معنوی را پیش‌بینی و شرایط حمایت از آنها را

---

۱. دربارهٔ فروش اموال غیرمادی، رک. عقود معین، ج ۱، ش ۲۰۹ به بعد.
۲. مازو و شاباس، دروس حقوق مدنی، ج ۱، مقدمه، ش ۱۷۰.
۳. پلنیول و ریپر، ج ۳، بوسیله پیکار، ش ۵۰.
۴. مازو، همان کتاب ـ ویل، حقوق مدنی، اموال، ش ۲۳.

معین می‌کند: مانند قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنّفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸[۱] و قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ و قانون ثبت علائم و اختراعات مصوب ۱۳۱۰.

٤. دارایی، چهرهٔ جمعی حقوق

۱۷. مفهوم دارایی

مجموع حقوق و تکالیف مالی شخص را دارایی او می‌گویند. مفهوم دارایی را با اموال و دیون تشکیل‌دهندهٔ آن نباید اشتباه کرد. روابط مالی شخص با دیگران دائم در تغییر است: پاره‌ای از بدهی‌ها پرداخته می‌شود و دیون تازه جای آن را می‌گیرد؛ اموال به دیگران منتقل می‌شود و مطالبات تغییر می‌کند. ولی، دارایی او واحد مستقلی است که از جمع این روابط به دست می‌آید و همیشه ثابت می‌ماند.

برخلاف آنچه در زبان عرفی مشهور است، در این مجموعه تنها اموال و مطالبات شخص به حساب نمی‌آید؛ دیون او نیز از ارکان دارایی است: شخصی که بیش از اموال و مطالبات خود بدهی دارد، از نظر وجود دارایی، با اشخاص ثروتمند برابر است. هیچ شخصی بدون دارایی فرض نمی‌شود. زیرا، هر اندازه مستمند باشد، مالک لباس و غذایی که به مصرف می‌رساند هست.

بنابراین، دارایی، به مفهومی که مرسوم شده است، سه خصوصیت اصلی دارد که پاره‌ای از آنها در نظریه‌های جدید انکار شده است. این خصوصیت‌ها عبارتند از:

۱. دارایی کلّی است حقوقی و مستقل از اجزای خود؛
۲. تنها حقوق و تکالیف مالی جزء دارایی است؛
۳. دارایی از مفاهیم وابسته به شخص است.

۱۸. الف ـ دارایی کلّی است حقوقی و مستقل از اجزای خود:

چنان‌که گفته شد، دارایی کلّی است که جدای از اجزای خود آثار حقوقی دارد. اجزای این کلّ نیز مستقل از یکدیگر باقی نمانده است و یک رابطهٔ حقوقی خاص آنها را

---

۱. برای دیدن شرح مختصری از این قانون، رک. دکتر سید حسین صفایی، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، ص ۳۱۰ به بعد

به هم مربوط می‌سازد. در مقام تشبیه می‌توان گفت، همان‌گونه که اشخاص نمی‌توانند در اجتماع مستقل از یکدیگر باشند و سرنوشت آنان به هم مربوط است، اجزای دارایی نیز در این کل حقوقی جدای از هم نیست. از این ارتباط حقوقی و استقلال دارایی سه نتیجهٔ مهم گرفته می‌شود:

۱. دارایی هر شخص ضامن دیون اوست: وضع مالی شخص برای او اعتباری به‌وجود می‌آورد که دیگران به اعتماد آن حاضر به معاملهٔ با او می‌شوند. طلبکاران اموال مدیون را وثیقهٔ طلب خود می‌شمارند و، به‌طور غیرمستقیم، خود را در حفظ آن محق می‌پندارند. پس، اگر دارایی وجود مستقلی در برابر اجزای آن فرض نمی‌شد، لازم می‌آمد که شخص، به‌خاطر حفظ حقوق طلبکاران، از تصرف در اموال خود ممنوع شود و مدار معاملات و گردش پول به هم بریزد. ولی، با وضع کنونی، وثیقهٔ طلبکار با تغییر اجزای دارایی از بین نمی‌رود. مدیون از ادارهٔ اموال خود محروم نمی‌شود و اموال و مطالبات آیندهٔ بدهکار نیز وثیقهٔ طلب می‌گردد.

۲. در نتیجهٔ استقلال دارایی در برابر اجزای آن، حق جدیدی که به جای حق سابق قرار می‌گیرد تابع همان وضع حقوقی است. برای مثال، اگر مال مورد رهن از بین برود و مال دیگری به عنوان خسارت از تلف‌کننده یا بیمه‌گر گرفته شود، این مال نیز به‌خودی‌خود در رهن طلبکار قرار می‌گیرد و بدل مال تلف شده است (مادهٔ ۷۹۱ قانون مدنی). هرچند که خسارت یا بدلی که گرفته شده از لحاظ فردی وجود دیگری است، ولی، چون در کل به جای مورد رهن قرار می‌گیرد، تابع همان وضع حقوقی می‌شود.

۳. دارایی شخص با فوت او، به همان صورت که هنگام مرگ داشته است، به وارث می‌رسد. بازماندگان متوفی در مجموع دارایی قائم‌مقام مورث خود می‌شوند: یعنی در حدود ترکه مالک اموال و بدهکار دیون او خواهند شد.[1]

۱۹. ب ـ تنها حقوق و تکالیف مالی در شمار دارایی است:

دارایی مفهوم مالی است و فایدهٔ آن نیز در روابط مالی شخص با دیگران ظاهر

---

۱. پلنیول و ریپر و پیکار، ج ۳، ش ۱۵ ـ کاپیتان، مقدمهٔ حقوق مدنی، ش ۹۲ و ۹۳ ـ دکتر سید علی شایگان، ش ۵۲۶ به بعد.

می‌شود. پس، طبیعی است که تنها حقوق و تکالیف مالی باید از اجزای آن به شمار رود و حقوق غیرمالی، مانند حقوق مربوط به شخصیت و خانواده و حقوق عمومی و سیاسی، نباید در این مجموعه به حساب آید. با وجود این، پاره‌ای از نویسندگان، به لحاظ آثار مالی که بر این گونه حقوق بار است، آنها را نیز در شمار دارایی دانسته‌اند. برای مثال، حق زوجیت، با اینکه به‌طور مستقیم قابل مبادله با پول نیست و ارزش مالی ندارد، در اثر آن زن از همسر خود نفقه می‌گیرد و ارث می‌برد، و همچنین است در روابط بین فرزند و پدر و مادر.[1]

به نظر می‌رسد که در این نظریه اصل حق و آثار مالی آن با هم مخلوط شده است. حقوق غیرمالی به‌طور مستقیم سهمی در روابط اقتصادی ندارد؛ نه ارزش مالی دارد و نه به درخواست طلبکاران قابل توقیف و استفاده است. ولی، آثار مالی آن پس از تحقق در زمرهٔ سایر اموال است و می‌تواند از اجزای دارایی به شمار رود.

۲۰. ج ـ رابطهٔ دارایی با شخصیت:

فردگرایان، مبنای دارایی و رابطهٔ بین اجزای آن را حاکمیت ارادهٔ شخص دانسته‌اند. به نظر آنان، دارایی یکی از مختصات شخص است و، مانند شخصیت، غیرقابل انتقال و تقسیم است. از این رابطه چهار نتیجهٔ مهم گرفته می‌شود:

۱. تنها شخص می‌تواند دارایی داشته باشد، زیرا فقط اوست که قابلیت دارا شدن حق و تکلیف را دارد. بنابراین، هیچ دارایی نمی‌تواند بدون مالک باشد.

۲. فرض شخص بدون دارایی ممکن نیست. دارایی را با ثروت نباید اشتباه کرد. دارایی ممکن است از مقداری دین تشکیل شود و هیچ ارزش مالی نداشته باشد.

۳. هر شخص فقط یک دارایی می‌تواند داشته باشد. این واحد از مجموع دیون و مطالبات او تشکیل می‌شود.

۴. دارایی از شخص جدا شدنی نیست. تا زمانی که شخص زنده است نمی‌تواند دارایی خود را به دیگری منتقل سازد، هرچند که در اجزای آن انواع تصرفات را بکند.

---

۱. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۲۹۲.

زیرا، مفهوم مستقل دارایی از عناصر شخصیت اوست.[۱]

با اینکه رابطهٔ بین شخصیت و دارایی را نمی‌توان نادیده گرفت، نباید در این راه چندان افراط کرد که دارایی را از عناصر شخصیت دانست. در حقوق کنونی، فرض دارایی بدون صاحب پیش‌بینی شده، زیرا ممکن است بدون اینکه شخصی (اعم از طبیعی یا حقوقی) مالک دارایی باشد، دسته‌ای از اموال خود نوعی شخصیت حقوقی بیابد و، به عنوان واحد مستقل، رابطهٔ حقوقی با دیگران پیدا کند. چنان‌که خواهیم دید، مال موقوف، به ویژه در جایی که وقف بر جهات یا مصارف عمومی شده است، مالک ندارد و متولی می‌تواند، به نام وقف، با سایرین معامله کند.

همچنین، ممکن است شخصی دو دارایی مستقل، با مطالبات و دیون خاص، داشته باشد. ترکهٔ متوفی به محض فوت به وارثان او می‌رسد، ولی این دارایی وجود مستقل دارد: هزینهٔ کفن و دفن و دیون متوفی باید از این محل پرداخته شود و بر اموال وارثان تحمیل نمی‌گردد (مواد ۲۲۵ به بعد قانون امور حسبی)، موصی‌به نیز جزو همین واحد است و، پس از قبول موصی‌له، باید از ترکه اخراج شود (مادهٔ ۸۶۹ قانون مدنی)، دعاوی راجع به ترکه در دادگاه آخرین اقامتگاه متوفی اقامه می‌شود (مادهٔ ۳۲ قانون آئین دادرسی مدنی). در صورتی ترکه ضمیمهٔ دارایی وارثان می‌شود که حقوق و دیونی که به آن تعلق گرفته پرداخته شود و پیش از آن اموال و دیون خاص دارد.

در حقوق آلمان و سویس، شخص می‌تواند دارایی خود را به دیگران منتقل کند، چند دارایی داشته باشد، و قسمتی از آن را اختصاص به وقف و صرف در امور خیریه دهد. در حقوق فرانسه نیز، بسیاری از نویسندگان متمایل شده‌اند که مبنای دیگری برای دارایی انتخاب کنند. در نظریهٔ جدید: «در هر مورد که دسته‌ای از اموال، به منظور رسیدن به هدف معین و مشترک اختصاص داده شود، دارایی به وجود می‌آید.»[۲]

---

۱. ابری وارو، جلد ۹، بخش ۵۷۴ ـ دکتر سید علی شایگان، ش ۵۲۱ به بعد، به ویژه ش ۵۲۹.

۲. پلنیول و ریپر و پیکار، ج ۳، ش ۲۱ ـ مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۲۹ ـ کولن و کاپیتان و لاموراندیر، ج ۱، ش ۹۸ ـ مارتی و رینو، ج ۱، ش ۲۹ ـ دوگی، رسالهٔ حقوق اساسی، ج ۳، ص ۳۰۹.

۲۱. شخصیت حقوقی ترکه:[۱]

یکی از پیش‌فرضهای بحث، هرچند در نوشته‌ها نیامده، این است که انسان یک دارایی بیشتر ندارد و مال نیز جز به شخص انسان تعلق نمی‌یابد. ولی، نشانه‌های فراوانی به چشم می‌آورد که قانون برای ترکهٔ متوفی، پیش از تصفیهٔ آن از دیون و واجبات مالی و وصایا، یک شخصیت جدا و مستقل از دارایی ورثه فرض کرده است. کلید معما در این است که احکام پراکنده جمع شود و به یاری تحلیل، مبانی هر یک معین گردد و آنگاه، با شناسایی مبنای مشترک، مقدمهٔ تمهید نظریهٔ عمومی شخصیت ترکه فراهم آید.

احکامی که از آنها بوی استقلال و شخصیت ترکه به مشام می‌رسد فراوان است و ما به تحلیل پاره‌ای از آنچه یافته‌ایم می‌پردازیم:

۱. مادهٔ ۲۲۵ ق.ا.ح. مقرر می‌دارد که دیون و حقوقی که به عهدهٔ متوفی است و همچنین هزینهٔ کفن و دفن و تجهیز متوفی از ترکه داده شود و به دارایی ورثه تحمیل نگردد (مادهٔ ۲۲۶ همان قانون). انسان پس از مرگ دین حقوقی ندارد. آنچه هست بر دارایی او باقی می‌ماند و مفاد این دو ماده بخوبی نشان می‌دهد که ترکه دارای دیون و مطالبات خاص و مستقل است.

۲. با اینکه می‌دانیم ارث با مرگ تحقق می‌یابد (مادهٔ ۸۶۷ ق.م.)، پیش از اداء دیون و واجبات متوفی یا، به بیان بهتر، میراث باقی ماندهٔ از او، مالکان کنونی آن (وارثان) از تصرف در این بخش از دارایی ممنوع هستند (مادهٔ ۸۶۸ ق.م. و مادهٔ ۲۲۹ ق.ا.ح.). این منع بخوبی می‌رساند که، پیش از تصفیهٔ کامل، ترکه به دارایی وارثان نمی‌پیوندد و واحد مستقلی است.

۳. دعاوی راجع‌به ترکه در دادگاه آخرین اقامتگاه متوفی اقامه می‌شود (مادهٔ ۳۲ ق.آ.د.م.)، در حالی که مالکان جدید میراث احتمال دارد اقامتگاه دیگری داشته باشند: گویی خواندهٔ دعوی دارایی متوفی است و هنوز سایهٔ او را بر سر دارد.

۴. ابراء ذمهٔ میت را قانون صحیح می‌داند (مادهٔ ۲۹۱ ق.م.)، در حالی که می‌دانیم حق و تکلیف در رابطهٔ زندگان معنی پیدا می‌کند و مرده دینی ندارد تا ابراء شود. پس، آیا جز این است که ابراء دین تحمیل شده بر ترکه را ساقط می‌کند؟ و آیا انسان از خود نمی‌پرسد که واژهٔ «ترکه» نشانهٔ چیست که می‌تواند دین داشته باشد؟ توده‌ای از اموال، یا شخصیت انتزاعی که قانونگذار بر مبنای مجموعهٔ حقوق و تکالیف متوفی فرض کرده است؟

---

۱. رک. ناصر کاتوزیان، وصیت در حقوق مدنی ایران، ش ۲۹۲.

۵. مادهٔ ۴۲۱ قانون تجارت صدور حکم توقف تاجر ورشکسته را پس از مرگ پیش‌بینی می‌کند و اجازه می‌دهد. ولی، آیا مردهٔ ورشکسته معنی دارد؟ آیا جز این است که قانونگذار به آن شخصیت اعتباری نظر دارد که خود برای ترکه فرض کرده است؟

٦. نظر مشهور و قاطع فقیهان امامیه دیهٔ قتل را در حکم مال میت می‌داند که بر ترکه افزوده می‌شود و این نظر نشانهٔ شناسایی شخصیت حقوقی برای دارایی ناخالص بازمانده از متوفی است.[۱]

۷. موصی به نیز جزئی از همین واحد است که، پس از قبول موصی‌له و پرداخت هزینه‌های کفن و دفن و دیون و واجبات مالی، باید از آن جدا و به دارایی موصی‌له بپیوندد (مادهٔ ۸۶۹ ق.م.).

۸. موصی می‌تواند برای ادارهٔ تمام ترکه وصی معین کند (مادهٔ ۲۶۴ ق.ا.ح.). وصی، مدیر دارایی و در حکم نمایندهٔ شخصیت حقوقی است که به نام و برای او اقدام می‌کند.

این نشانه‌ها را، دیرزمانی که نویسندگان با مفهوم شخصیت حقوقی آشنایی نداشتند (یا نامی نداشتند که بر ساخته‌های اعتباری قانونگذار نهند)، در نمی‌یافتند و سعی می‌کردند تا به‌گونه‌ای دیگر به توجیه احکام بپردازند و گاه که در می‌ماندند به تعبد و تکلیف مردم نسبت به احکام شرعی متوسل می‌شدند. ولی، امروز که شخصیت حقوقی موجوداتی شناخته شده‌اند و دولت در سایهٔ همین عنوان ادعای حکومت بر مردم را دارد، دلالت آنها را نمی‌توان انکار کرد. این چه موجودی است که اقامتگاه و دارایی جداگانه دارد، ابراء می‌شود و حتی به ورشکستگی می‌افتد؟ آیا شخصیت معنای دیگری هم دارد؟

این واحد معنوی و مالی، به شرکتی می‌ماند که از حقوق وارثان و طلبکاران و منافع عمومی (واجبات مالی متوفی) تشکیل شده و شخصیت حقوقی و فرضی متوفی هنوز سایهٔ خود را بر سر آن دارد.

فرض این شخصیت (دارایی)، همهٔ سرگردانی‌های ناشی از انتساب مالکیت موصی‌به را از بین می‌برد و ضرورت پندارهای مربوط به کاشف بودن قبول را منتفی می‌سازد.[۲] اکنون دیگر می‌توان، بدون هرگونه تکلف و پیچیدگی، گفت: پس از مرگ وصیت کننده، موصی‌به تا زمان قبول موصی‌له در ترکهٔ او باقی می‌ماند و بعد از قبول به دارایی موصی‌له می‌پیوندد. منتها،

---

۱. سید محمد جواد عاملی، مفتاح‌الکرامة، ج ۸، ص ۵۱ به بعد ـ احمد نراقی، مستندالشیعه، ج ۲، ص ۶۹۴ و ۶۹۵ ـ علامهٔ حلی، قواعد، کتاب ارث.

۲. برای دیدن پیشینهٔ این نظریه، رک. چاپ نخست کتاب «وصیت در حقوق مدنی ایران» (رسالهٔ دکتری)، ش ۲۴۹ ـ مقدمهٔ علم حقوق، ش ۲۱۳ ـ دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، ش ۹۹، قرائت و تمرین (۷)، ۲.

چنان‌که از نقد و تحلیل نظریه‌ها نتیجه گرفته شود،[1] اگر مفاد تراضی حکایت از انتقال از هنگام مرگ داشته باشد، تمام آثار و منافع ملک نیز به آن افزوده می‌شود.

۱. رک. ش ۲۸۸.

فصل اوّل

انواع مال

۲۲. تقسیم‌های قانون مدنی:

قانون مدنی، در باب اول، اموال را فقط از دو جهت تقسیم کرده است: ۱) اموال منقول و غیرمنقول؛ ۲) اموالی که ملک افراد یا اشخاص حقوقی است و اموالی که مالک خاص ندارد.

ولی، از سایر مواد قانون مدنی می‌توان تقسیمهای دیگری نیز برای اموال استنباط کرد: در پاره‌ای از مواد (۵۵، ۳۳۸، ۴۴۶، ۷۷۴، ۸۲۶) عین و منفعت در برابر هم قرار گرفته و بر هر یک از آنها آثار فراوانی بار شده است؛ در مادهٔ ۹۵۰ نیز، به اعتبار دیگری، اموال به «*مثلی و قیمی*» تقسیم شده است؛ و سرانجام در مواد ۴۶ و ۶۳۷ سخن از اموالی است که استفادهٔ از آن با بقاء عین امکان دارد. پس، در قانون مدنی پنج تقسیم برای اموال دیده می‌شود:

۱. اعیان و منافع؛

۲. اموال مثلی و قیمی؛

۳. اموالی که استفادهٔ از آن با بقاء عین امکان دارد، و اموالی که مصرف آن موجب از بین رفتن عین مال می‌شود؛

۴. اموال منقول و غیرمنقول؛
۵. اموالی که دارای مالک است، و اموالی که مالک خاص ندارد.

در خصوص تقسیم اموال به مادی و غیرمادی توضیح لازم داده شد، و دیدیم که در واقع جدائی اموال مادی و حقوق مالی از نظر تحلیلی تقسیم درستی نیست و در حقوق کنونی نیز اثر حقوقی ندارد (ش ۵).

۲۳. تقسیم مباحث:

از ملاحظهٔ انواع گوناگونی که برای اموال گفته شد، بخوبی بر می‌آید که آنها را از دو جهت می‌توان تقسیم کرد:

۱) از جهت ماهیت اشیایی که موضوع حق مالی قرار می‌گیرد؛
۲) به اعتبار اشخاصی که مالک این اشیاء هستند.

بنابراین، فصل اول را، با توجه به این تقسیم منطقی، در دو مبحث جداگانه مورد مطالعه قرار خواهیم داد:

مبحث اوّل: تقسیم اموال بر مبنای ماهیّت اشیاء

۲۴. فایدهٔ تشخیص:

گفته شد که مال، با مفهوم وسیعی که امروز پیداکرده است، شامل تمام عناصر دارایی و اشیاء گوناگونی است که از حیث طبیعت با هم تفاوت بسیار دارد. قواعد مربوط به تملک و انتقال و نحوهٔ تصرف در اموال نیز بر حسب ماهیت آن تغییر می‌کند: چنان‌که، در بسیاری از مسائل مدنی، تشخیص حکم قانون بستگی کامل به نوع مال موضوع حق دارد. برای مثال، اگر گفته شود که موضوع عقد بیع باید عین باشد و انتقال منفعت باید وسیلهٔ عقد اجاره انجام گیرد، برای انتخاب نوع قراردادی که باید سبب انتقال مال قرار گیرد، لازم است که نوع آن مال معین شود.

پس، تمیز ماهیت اشیایی که موضوع حق قرار می‌گیرد، تنها جنبهٔ نظری ندارد و از لحاظ عملی نیز فواید زیادی بر آن بار است که ضمن مباحث آینده باز هم یادآوری می‌شود.

گفتار نخست ـ اعیان و منافع

الف. عین و اقسام آن

۲۵. تعریف عین:

اموالی که وجود خارجی داشته و با حسّ لامسه قابل ادراک باشد، «عین» نامیده می‌شود. به‌طور معمول، هرگاه واژهٔ «عین» در برابر منفعت به‌کار می‌رود، مقصود جسم مادی خارجی و منافع آنست. ولی این شیاع نباید سبب این پندار شود که منفعت وجود خارجی مستقل دارد و همیشه از توابع عین است. عین مال، جدای از منافع آن، نیز قابل تصور است: چنان‌که اگر منافع ملکی به وسیلهٔ عقد اجاره یا صلح برای مدتی به دیگری واگذار شود، دو مالک برای آن وجود دارد:

۱) مالک عین، که در مدت اجاره یا صلح، به‌طور ناقص و محدود، می‌تواند از آن استفاده کند.

۲) مالک منفعت، که حق استعمال و انتفاع از عین به او اختصاص داده شده است. عینی را که منافع آن به دیگری تعلق دارد در اصطلاح «مسلوب‌المنفعة» می‌نامند.

۲۶. اقسام عین:

«عین» نیز در قانون مدنی اقسام گوناگون دارد (مواد ۳۵۰ و ۳۳۸) که تقسیم عین به: ۱) معین؛ ۲) کلی؛ ۳) در حکم عین معین یا کلی در معین، از شایع‌ترین آنها است که باید مورد توجه قرار گیرد و آثار و تفاوتهای هر کدام معین شود.

۲۷. عین معین:

عین معین مالی است که در عالم خارج، جدای از سایر اموال، مشخص و قابل اشاره باشد: مانند این کتاب یا آن زمین.

عین معنی، که عین شخصی و خارجی نیز نامیده می شود، ممکن است مفروز یا مشاع باشد:

«مفروز» عین معینی است که تمام آن متعلق به یک مالک باشد، و «مشاع» مالی است که چند مالک در آن شریک باشند، و سهام شریکان را در عالم خارج نتوان تمیز داد.

در مال مشاع، هر یک از اجزاء عین، موضوع حق تمام شریکان است و هیچ یک از مالکان نمی‌تواند ادعاء کند که بخش معین تنها به او تعلق دارد، هرچند که معلوم باشد پس از افراز معادل همان اندازه به او اختصاص می‌یابد. برای مثال، اگر خانه‌ای دارای سه اطاق و مشترک بین سه مالک باشد، هر یک از اطاقها به تمام مالکان تعلق دارد و، تا زمانی که سهم هر کدام مفروز نشده است، هیچ یک از آنها نمی‌تواند بی‌اذن دیگران در اطاق مستقلی تصرف کند و آن را ملک انحصاری خود شمارد.

رویهٔ قضایی در این باره تردید ندارد، هرچند که در عرف گاه مالکان دربارهٔ انتفاع یا تملک بخشی از عین توافق می‌کنند: چنان‌که، در دعوای مالک چهاردانگ و نیم ملکی بر مالک یک دانگ و نیم دیگر آن به خواستهٔ اجرت‌المثل بخش مورد تصرف از فروردین ۱۳۳۰ تا آخر مهر ۱۳۳۸، شعبهٔ ۲۷ دادگاه شهرستان تهران چنین نظر داده است:

«نظر به اینکه مستفاد از مادهٔ ۵۷۱ قانون مدنی حق هر یک از شرکاء مال مشاع منتشر در تمام اجزاء آن است و بنابراین استدلال وکیل خوانده دائر بر اینکه (موکله فقط در سهم خود متصرف است، و چون مانع تصرف و دخالت خواهان در چهار دانگ‌ونیم دیگر نیست، مسؤول پرداختن اجرت‌المثل نمی‌باشد) با کیفیت اشاعهٔ سهام و حقوق مالکین مشاع مخالفت دارد و موجه به نظر نمی‌رسد.»

۲۸. در حکم عین معین:

هر گاه موضوع تعهد مقدار معین از مالی باشد که اجزاء آن از هر حیث با هم برابر است، به اصطلاح قانون مدنی، آن موضوع در حکم عین خارجی است (مادهٔ ۴۰۲): به‌عنوان مثال، اگر صد کیلو گندم از خرمنی فروخته شود، هرچند که مبیع در خارج معین و قابل اشاره نیست، چون باید از خرمن معین برداشته شود، می‌گویند مبیع در حکم عین خارجی یا «*کلی در معین*» است.

عینی که در حکم معین است با مال مشاع تفاوت دارد و این تفاوت و آثار آن را در دو مثال به روشنی می‌بینیم:

۱. در همان مثال، اگر صد کیلو گندم مشاع از خرمنی فروخته شود، خریدار به نسبت

سهم خود مالک تمام حبه‌های خرمن است؛ در حالی که در فرض ما، او فقط مالک صد کیلو گندم نامعین است که فروشنده می‌تواند، به میل خود و از هر بخش خرمن که بخواهد، به او تسلیم کند.

۲. اگر تمام خرمن هزار کیلو باشد و فروشنده صد کیلوی مشاع (یک دهم) از آن را بفروشد، در صورتی که نیمی از خرمن بسوزد، در واقع نصف از صد کیلو نیز از بین رفته و فروشنده تنها ۵۰ کیلو باید به خریدار بدهد. ولی، هر گاه مبیع صد کیلو از خرمن گندم باشد، سوختن نیمی از آن تأثیری در مقدار تعهد فروشنده ندارد و او باید تمام مبیع را از باقی ماندهٔ خرمن به خریدار تسلیم کند.

۲۹. کلی:

در صورتی موضوع دین کلی است که فقط صفات و مقدار آن معین باشد. در این گونه تعهدات، مدیون موظف نیست که مال معینی را در مقام وفای به عهد به طلبکار بدهد، ولی باید فردی را انتخاب کند که شرایط موضوع تعهد را داراست. مثلاً اگر کسی تعهد کند که یک خروار گندم ورامین به دیگری بدهد، مدیون در انتخاب مصداق خارجی گندم ورامین آزاد است. قانون مدنی نیز در مادهٔ ۳۵۱ می‌گوید: «*در صورتی که مبیع کلی، یعنی صادق بر افراد عدیده باشد، بیع وقتی صحیح است که مقدار* و جنس و وصف مبیع ذکر بشود». پس، در تعریف کلی می‌توان گفت: «مالی است که صفات آن در ذهن معین و در عالم خارج صادق بر افراد عدیده باشد.»

ب. منافع

۳۰. تعریف منفعت:

مقصود از منفعت ثمرهٔ حاصل است که بتدریج از اعیان اموال به‌دست می‌آید، بی‌آنکه از عین مال به گونه‌ای محسوس بکاهد؛ خواه این ثمره، مانند میوهٔ درختان، عین مادی باشد یا وصفی که عین مال از آن جهت قابل انتفاع است: مانند صلاحیت حیوانات برای سواری و باربری، و خانه برای سکنی.

ذره‌های منافع گاه در خارج به صورت عین مادی در می‌آید. این عین، تا زمانی که

وابستهٔ به پایهٔ اصلی است و بر آن پرورده می‌شود، منفعت عین اصلی محسوب می‌شود (مانند اینکه میوه به اعتبار درخت و پیش از چیده شدن منفعت درخت است)، ولی همین که از اصل جدا شود و وجود مستقل پیدا کند، عینی جداگانه است. مادهٔ ۱۵ ق.م. به اعتبار همین وجود مستقل است که مقرر می‌دارد: «*ثمره و حاصل، مادام که چیده یا درو نشده است غیرمنقول است. اگر قسمتی از آن چیده یا درو شده باشد، تنها آن قسمت منقول است.*» پس، باید پذیرفت تعریفی که به طور معمول از منافع می‌کنند و آن را از اموال غیرمادی می‌شمارند، قابل انتقاد است.

به هر حال، ارزش هر مال رابطهٔ مستقیم با منافع آن دارد و منافع نیز جدای از عین مال ارزش مبادله را داراست. چنان‌که در اجارهٔ اموال، منافع آن برای مدت معینی به دیگری واگذار و در برابر همین منافع اجاره‌بها گرفته می‌شود.

چنان‌که در مادهٔ ۱۵ ق.م. ملاحظه شد، قانونگذار «*ثمره*» را در برابر «*حاصل*» نهاده و این سؤالها را به وجود آورده است که : ۱) آیا ثمره همان منفعت است یا قسم خاصی از آن؟ ۲) آیا حاصل و ثمره دو واژهٔ مرادف است یا دو مفهوم جداگانه؟

در پاسخ نخستین سؤال می‌توان گفت: هرچند گاه ثمره به منفعت غیرمادی (مانند سکونت) نیز گفته می‌شود، مورد استعمال شایع آن در مورد منافع مادی است که پس از جدا شدن از ریشهٔ خود «*عین*» دیگری است: مانند میوه درخت و سرشاخه‌ها.

پاسخ سؤال دوم اندکی دشوارتر است و جز به یاری تاریخ نمی‌توان به آن دست یافت: می‌دانیم که قانون مدنی در بخش تقسیم اموال و به ویژه منقول و غیرمنقول از قانون مدنی فرانسه ترجمه یا اقتباس شده است. مادهٔ ۱۵ نیز از مادهٔ ۵۲۰ ق.م. فرانسه گرفته شده و در آن ماده «*محصول*» با ثمره به معنی خاص که از سنخ منافع است تفاوت دارد و به ثمره‌ای گفته می‌شود که در واقع بخشی از عین است و همراه با کاهش محسوس از آن، و بتدریج نیز به‌دست نمی‌آید: مانند درختان بریده شده از باغ یا سنگ‌های استخراج شده از معدن.[1] پس، احتمال فراوان می‌رود که نویسندگان قانون مدنی نیز به همین تفاوت نظر داشته‌اند که دو واژهٔ «*ثمره*» و «*حاصل*» را در کنار هم

---

۱. برای دیدن این امتیاز در حقوق فرانسه، رک. کورنو، حقوق مدنی، ج ۱، ش ۹۶۹ و ۹۷۰ ـ مازو و شاباس، دروس حقوق مدنی، مقدمه، ش ۲۲۸.

دو واژه در فرانسه (Fruits = Revenues) , (Produits = Recoltes)

آورده‌اند: بدین ترتیب: ثمره عبارت از منفعت تدریجی است که ایجاد آن از عین نمی‌کاهد و محصول یا حاصل فایده‌ای که از عین جدا می‌شود و در دید عرف از آن می‌کاهد.

باید دانست که بحث دربارهٔ این تفاوت تنها چهرهٔ نظری یا ادبی ندارد، اثر حقوقی و عملی نیز دارد: برای مثال، در صورتی که شخصی حق انتفاع از باغی داشته باشد، حق دارد میوه‌های درختان را بکند و بفروشد، ولی نمی‌تواند درختان باغ را ببرد یا از ریشه درآورد و از این راه تحصیل منفعت کند. موقوف علیهم نیز از منافع عین حبس شده استفاده می‌کنند، بدون اینکه بتوانند از اصل آن بکاهند.

با وجود این، در عرف محصول و ثمره به عنوان دو واژهٔ مرادف زیاد به‌کار می‌رود و باید گفت، محصول نیز مانند ثمره دو معنی عام و خاص دارد و معنی خاص آن دو واژه است که با هم تفاوت پیدا می‌کند.

به‌طور خلاصه، منفعت دو وصف اصلی دارد: ۱) تدریجی است؛ ۲) از عین نمی‌کاهد، ولی ممکن است مادی باشد یا غیرمادی.

ثمره به‌طور معمول منفعت مادی است و حصول آن ملازم با کاسته شدن محسوس عین نیست. حاصل (به معنی خاص) ثمره‌ای است که با کاسته شدن از عین ایجاد می‌شود و به معنی عام مرادف با ثمره است، جز اینکه بیشتر در مورد ثمرهٔ حاصل از زمین به‌کار می‌رود.

۳۱. منافع متصل و منفصل:

منافع متصل عبارت از اوصاف یا کیفیتی است که بر ارزش عین می‌افزاید ولی هیچ‌گاه جدای از آن تصور نمی‌شود: مانند فربه شدن حیوان و بالا رفتن بهای آن. فربهی حیوان تنها به اعتبار وابستگی به عین دارای ارزش مالی است و نمی‌تواند از این حالت تبعی خارج شود. افزایش بهای کالا و زمین نیز از اوصاف و عوارض آن است و ارزشی جداگانه به حساب نمی‌آید.

منافع منفصل، ثمره یا حاصلی است که از لحاظ مادی یا حقوقی قابل جدا شدن از عین است؛ ارزش دیگری است که می‌تواند به شخص دیگر تعلق یابد: مانند میوهٔ درخت، نوزاد حیوان، محصول زمین (منافع مادی) یا قابلیت سکونت در خانه، سواری بر حیوان یا ماشین و کشتی و هواپیما.

نتیجهٔ مهمی که از این تقسیم ناشی می‌شود جایی است که زمانی عین در ملکیت

انتقال‌گیرنده است، سپس در اثر فسخ یا اقالهٔ قرارداد سبب انتقال یا انفساخ بیع، ملکیت به جای خود باز می‌گردد. در این صورت، منافع متصل همراه با عین جابه‌جا می‌شود، در حالی که تجزیه‌پذیری منافع منفصل سبب می‌شود که هر کس در هر زمان مالک عین باشد، منافع آن زمان نیز به او تعلق می‌یابد. برای مثال، اگر باغی فروخته شود و خریدار و فروشنده پس از یک سال بیع را اقاله کنند، میوه‌های آن سال به خریدار تعلق دارد و از تاریخ اقاله از آن فروشنده است. در حالی که، اگر در آن سال بهای باغ افزایش یابد، از آن فزونی بها چیزی به خریدار نمی‌دهند.

مادهٔ ۲۸۷ ق.م. دربارهٔ آثار همین تقسیم در اقاله مقرر می‌دارد: «*نماآت و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان اقاله در مورد معامله حادث می‌شود مال کسی است که بواسطهٔ عقد مالک شده است، ولی نماآت متصله مال کسی است که در نتیجهٔ اقاله مالک می‌شود.*»[۱]

ولی، باید توجه داشت که حکم مادهٔ ۲۸۷ یکی از موارد اجرای قاعدهٔ عمومی در اقاله است و در هر مورد که شخص به مدت معین مالک مالی می‌شود اجراء می‌شود: چنان‌که، اگر بیع فسخ شود یا به دلیل تلف مبیع پیش از قبض منفسخ شود، همین قاعده اجراء می‌گردد[۲].

در رهن نیز قانونگذار بین منافع متصل و منفصل تفاوت گذارده است؛ در مادهٔ ۷۸۶ ق.م. می‌خوانیم: «*ثمرهٔ رهن، در صورتی که متصل باشد جزء رهن خواهد بود و در صورتی که منفصل باشد متعلق به راهن است، مگر اینکه ضمن عقد بین طرفین ترتیب دیگری مقرر شده باشد.*»

۳۲. منافع گذشته و آینده:

دربارهٔ وجود منافع گذشته تردید نیست، ولی منافع آینده را می‌توان به دو گروه تقسیم کرد:[۳]

۱. منافعی که مقتضی آن در عین موجود است و به حکم عادت در آینده ایجاد

---

۱. رک. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ش ۸۶۶.
۲. همان کتاب، ش ۸۹۰ ـ عقود معین، ج ۱، ش ۱۴۹.
۳. رک. ش ۳ همین کتاب.

می‌شود: مانند صلاحیت خانه برای سکونت یا اتومبیل برای سواری و میوهٔ درخت.

این‌گونه منافع را قانون و عرف در حکم موجود می‌داند: چنان‌که اجاره، با این که عقد تملیکی است و در این گونه قراردادها موضوع تملیک باید در زمان عقد موجود باشد، می‌تواند وسیلهٔ تملیک منافع آینده قرار گیرد (مادهٔ ۴۶۶ ق.م.) و بیع میوهٔ درخت نافذ است.[1] همچنین، اگر کسی این منافع را تلف کند، باید خسارات ناشی از این اقدام را جبران سازد.

۲. منافعی که به احتمال در آینده ایجاد می‌شود: تصرف در چنین منفعتی به‌وسیلهٔ عقد تملیکی امکان ندارد و ضمان تلف آن (محروم ماندن از منافع) مورد تردید واقع شده است. قانون نیز اتلاف منافعی را ضمان‌آور می‌داند که در دید عرف مسلم باشد.[2]

۳۳. منافع طبیعی و صنعتی:

منفعت طبیعی به ثمره‌ای گویند که خود به خود از عینی حاصل می‌شود: مانند بوته‌ها و میوه‌ها و درختان خودرو، بالارفتن بهای کالاها و زمین،... و مانند اینها.

منفعت صنعتی آن است که در اثر کار انسان و بهره‌برداری از منابع طبیعی به‌دست می‌آید: مانند میوهٔ درختان و صلاحیت سکونت در خانه و بهره‌برداری از کارخانه. استفاده از اجاره را منافع مدنی و عهدی هم نامیده‌اند.[3]

گفتار دوم ـ مثلی و قیمی

۳۴. تعریف:

دو چیز مثل یکدیگر است که از حیث قیمت و اوصاف و اعراض مانند هم باشد، به‌گونه‌ای که در مقام وفای به عهد، هر یک را بتوان به جای دیگری به طلبکار تسلیم کرد.

---

۱. عقود معین، ج ۱، ش ۲۰۳

۲. الزامهای خارج از قرارداد، ج ۱، مسؤولیت مدنی، ش ۸۹ و ۹۳ ـ و دربارهٔ محروم ساختن از شانس: همان کتاب، ش ۱۰۸.

۳. رک. ش ۳۰.

لزومی ندارد که همهٔ وصفهای دو مثل مانند هم باشد؛ کافی است اوصاف و ویژگیهایی که جلب رغبت می‌کند و مبنای تعیین قیمت قرار می‌گیرد، در دید عرف یکسان باشد. برای مثال، دو سکهٔ ده ریالی مثل یکدیگر است، و اگر شخصی مدیون ده ریال باشد، می‌تواند هر یک از آن دو سکه را به انتخاب خود به دائن بپردازد. زیرا، ارزش هر دو سکه برابر است و هیچ یک امتیازی بر دیگری ندارد.

برعکس، قیمی مالی است که در عرف شخص آن منظور باشد، و نتوان مال دیگری را به‌جای آن قرار داد. پس، اگر آن مال تلف شود، تسلیم موضوع عقدی که سبب انتقال آن قرار گرفته است مقدور نیست و ناچار عقد منحل می‌شود. اصطلاح قیمی، بدین اعتبار است که در صورت تلف مال باید قیمت آن پرداخته شود.[1]

عین معین، در رابطهٔ قراردادی همیشه قیمی است، ولی در ضمان قهری ممکن است قیمی باشد یا مثلی. ولی، عین کلی که بر مصداقهای گوناگون صادق است، به‌طور معمول در این تقسیم که ویژهٔ عین خارجی است نمی‌آید، هرچند که به دلیل قابلیت اطلاق آن برشماری از اعیان خارجی به مثلی می‌ماند نه قیمی.

۳۵. ضابطهٔ تشخیص:

برای تعیین مثلی یا قیمی بودن مال، همیشه از یک ضابطه نمی‌توان استفاده کرد، و باید موردی را که دین ناشی از قرارداد است با ضمان قهری (الزامهای خارج از قرارداد) جدا کرد:

۱. در تعهدات، مثلی و قیمی صفتی نیست که در هر حال ناشی از ماهیت شیء باشد. زیرا دو طرف قرارداد می‌توانند مال مثلی را در روابط خود قیمی قرار دهند. اگر کسی تعهد کند که یک کیسهٔ معین گندم به دیگری دهد، با آنکه گندم از اموال مثلی است، موضوع تعهد بنا به تراضی طرفین قیمی قرارداده شده است و متعهد نمی‌تواند، به این بهانه که گندم مثلی است، کیسهٔ دیگری را به طلبکار بدهد.

۲. ولی در مورد الزامات خارج از قرارداد، چون دربارهٔ موضوع الزام توافقی بین

---

۱. برای دیدن تعریفهای دیگر و بحث نظری در این باره، رک. الزامهای خارج از قرارداد ضمان قهری، ج ۲ - غصب و استیفاء، ش ۴۰۵ و ۴۰۶.

طلبکار و مدیون نشده است، باید مثلی و قیمی از حیث نوعی و موضوعی مورد توجه قرار گیرد.

مادهٔ ۹۵۰ قانون مدنی در تعریف نوع مثلی و قیمی می‌گوید: «*مثلی که در این قانون ذکرشده، عبارت از مالی است که اشباه و نظائر آن نوعاً زیاد و شایع باشد مانند: حبوبات و نحو آن، و قیمی مقابل آنست. معذالک تشخیص این معنی با عرف می‌باشد.*» و مقصود از این تعریف، چنان‌که گفته شد، بیان اشیایی است که نوعاً در عرف می‌تواند جای یکدیگر را بگیرد.

۳۶. فایدهٔ تقسیم:

در مواردی که مال شخصی بر خلاف حق از بین می‌رود، باید کوشید که تا حد امکان وضع زیان‌دیده به صورت نخست باز گردد. برای رسیدن به این مقصود، اگر مال تلف شده دارای اشباه و نظایر فراوان باشد، بهترین راه اینست که مثل آن برای مالک فراهم شود. زیرا او به این وسیله می‌تواند، بی‌آنکه زحمتی برای خرید مجدد تحمل کند، مثل مال خود را به‌دست بیاورد: به عنوان مثال، اگر کسی به عمد یا در اثر بی‌احتیاطی شیشهٔ خانهٔ دیگری را بشکند، چه بهتر که خود او زحمت مربوط به خرید شیشه و آوردن کارگر را به گردن گیرد و مالک خانه، بی‌هیچ گفتگو، وضع پیشین خود را باز یابد. ولی، هرگاه نتوان مثل مالِ تلف شده را پیدا کرد، چاره‌ای جز پرداختن پول آن باقی نمی‌ماند.

مادهٔ ۳۱۱ قانون مدنی در پیرو همین نظر اعلام می‌کند: «*غاصب باید مال مغصوب را عیناً به صاحب آن رد بنماید. و اگر عین تلف شده باشد، باید مثل یا قیمت آن را بدهد...*» و در مادهٔ ۳۲۹ توضیح می‌دهد: «*اگر کسی خانه یا بنای کسی را خراب کند باید آن را به مثل صورت اول بنا نماید، و اگر ممکن نباشد، باید از عهدهٔ قیمت برآید.*» و چون هیچ خصوصیتی در خانه یا بنا وجود ندارد تا بتوان حکم مادهٔ ۳۲۹ را ویژهٔ این حالت دانست، معلوم است که به نظر قانونگذار، طرز جبران خسارت باید متناسب با ماهیت مال تلف شده باشد، و در برابر تلف مال مثلی نمی‌توان قیمت آن را پرداخت.

پس، برای تشخیص موضوع مسؤولیت در این گونه موارد، شناسایی اموال مثلی و قیمی مفید و ضروری است.

با وجود این، بر طبق مادهٔ ۳ قانون مسؤولیت مدنی، دادگاه می‌تواند، در صورتی که اوضاع و احوال دعوی اقتضاء کند، بجای مثل مال به قیمت آن حکم دهد.

یکی از مواردی که رویهٔ قضایی تمایل به دادن قیمت دارد، فرض تصادم بین دو اتومبیل است. زیرا، صاحب اتومبیل صدمه دیده نمی‌تواند آن را تعمیر نکند و به انتظار پایان دادرسی باقی بماند و زیان ناشی از جریان دادرسی و کهنه شدن اتومبیل به مراتب بیش از هزینهٔ تعمیر تصادفهای عادی است. در حالی که اتومبیل صدمه دیده را می‌توان به مثل صورت اول در آورد.

گفتار سوم ـ اموال مصرف‌شدنی و قابل بقاء

۳۷. ضابطهٔ تقسیم:

پاره‌ای از اشیاء با نخستین استفاده از بین می‌رود و انتفاع از آن، با بقای عین مال، امکان ندارد. از بین رفتن مال، به تناسب استفاده‌ای که از آن می‌شود، گاه مادی است: مانند مصرف خوراکیها و آشامیدنیها. و گاه حقوقی است: یعنی بهره‌برداری از مال، جز با از دست دادن مالکیت آن، امکان ندارد: مانند استفادهٔ از پول که با انتقال آن ملازمه دارد.

ولی، پاره‌ای دیگر از اموال را می‌توان با حفظ ماهیت آن مورد استفاده قرار داد: مانند زمین، اثاث منزل و لباس و آلات و ادوات کار. بیگمان غالب این اموال نیز در اثر استعمال مکرر فرسوده می‌شود و قابلیت انتفاع را از دست می‌دهد. ولی، امکان بهره‌برداری مکرر و طولانی از آنها، این گونه اموال را از دستهٔ نخست ممتاز می‌کند.[۱]

۳۸. اثر ارادهٔ دو طرف قرارداد:

باقی ماندن مال در برابر استعمال و انتفاع همیشه به ماهیت و جنس آن بستگی ندارد. گاه توافق طرف دیگر عقد و طرف استفاده از آن ممکن است مالی را، که به‌طور معمول در اثر استفاده از بین می‌رود، در زمرهٔ اموالی قرار دهد که قابلیت بقاء را در برابر

---

۱. مواد ۹۱ و ۹۲ قانون مدنی آلمان این تقسیم را پذیرفته است، ولی مادهٔ ۳۳۷ قانون مدنی اسپانیا مال «مثلی» را چنین تعریف می‌کند: «*مالی است که در اثر استعمال از بین می‌رود.*»

استعمال دارد: به‌عنوان مثال، با اینکه پول در شمار اموالی است که بهره‌برداری و از دست دادن آن با هم ملازمه دارد، اگر به صرافی مقداری پول عاریه داده شود تا به معرض تماشای مشتریان خود گذارد، در این رابطهٔ حقوقی، پول را باید از اموال باقی ماندنی به حساب آورد. زیرا طرز استفاده از آن به گونه‌ای است که با نگهداری عین منافات ندارد.

مثال دیگر: اگر تاجری برای تزیین چهل‌چراغ مغازه‌اش چند عدد شمع از دیگری عاریه کند، در رابطهٔ بین او و مالک، شمع قابلیت بقاء را در برابر استفادهٔ تاجر دارد، زیرا نهادن شمع در چهل‌چراغ چیزی از عین آن نخواهد کاست؛ در حالی که اگر همین تاجر شمع را برای سوزاندن تهیه کند، در این رابطه موضوع عقد چیزی است که با مصرف از بین می‌رود. پس باید گفت، عاریه و اجارهٔ شمع برای مقاصد تبلیغاتی درست، و به منظور استفاده از نور آن باطل است.

۳۹. فایدهٔ تقسیم:

۱. در قراردادهایی که سبب انتقال منافع و جدایی آن از عین مال می‌شود، یا حق انتفاع از مالی را برای شخصی غیر از صاحب عین ایجاد می‌کند، موضوع عقد باید مالی باشد که در اثر استفاده و استعمال از بین نرود. زیرا، طبیعت این‌گونه قراردادها ایجاب می‌کند که: ۱) مالک منافع یا حق انتفاع در سراسر مدت از موضوع عقد استفاده کند، ۲) پس از انحلال عقد نیز آن را به مالک اصلی تحویل دهد؛ و این ترتیب، جز در مورد اموالی که در برابر استفاده باقی می‌ماند، قابل اجراء نیست.

در اموالی که با نخستین استفاده از بین می‌رود، عین و منافع چنان درآمیخته که استفادهٔ از آنها را نمی‌توان از هم جدا کرد، زیرا انتفاع از مال و نابودی اصل آن در عالم خارج با هم ملازمه پیدا کرده است. به همین جهت قانون مدنی در مادهٔ ۴۶ مقرر داشته است که: «*حق انتفاع ممکن است فقط نسبت به مالی برقرار شود که استفادهٔ از آن با بقاء عین ممکن باشد، اعم از اینکه مال مزبور منقول باشد یا غیرمنقول، مشاع باشد یا مفروز.*» و مانند این حکم را در مادهٔ ۴۷۱ نسبت به اجاره، و در مادهٔ ۶۳۷ نسبت به عاریه تکرار کرده است. پس، برای تشخیص درستی عقد عاریه و اجاره و انواع انتفاع، باید بررسی شود که موضوع آن در برابر استفادهٔ مطلوب طرفین قابلیت بقاء را دارد یا نه؟

۲. در پاره‌ای موارد نیز تشخیص طبیعت مال وسیلهٔ تعبیر ارادهٔ اشخاص قرار می‌گیرد: برای مثال، در مورد اموالی که مرد به عنوان نفقه به زن می‌دهد، اگر استفادهٔ از آن با بقای عین ممکن نباشد، بی‌تردید باید گفت که مقصود تملیک آن مال بوده است؛ و برعکس، هرگاه آن مال در شمار اموالی باشد که در اثر استفاده از بین می‌رود، مانند خانه و اثاث منزل، مقصود اباحهٔ انتفاع از آنهاست و به همین جهت شوهر می‌تواند این گونه اشیاء را از زن بگیرد و اموال دیگری را بابت نفقه در اختیار او بگذارد؛ زن مالک آنها نیست و پس از انحلال نکاح باید آنچه راکه نزد خود دارد به مرد بدهد. همچنین است در مورد هدایایی که نامزدها به یکدیگر می‌دهند: قسم نخست به‌طور قطع به نامزد تملیک شده است و در صورت برهم خوردن نامزدی تنها عین باقی مانده قابل پس گرفتن است. ولی، از بابت قیمت مال تلف شده چیزی نمی‌توان خواست. در قسم دوم، مالکیت اشیایی که عادتاً نگاهداری می‌شود با انحلال نامزدی از بین می‌رود و باید بازگردانده شود (مادهٔ ۱۰۳۷ ق.م.)

گفتار چهارم ـ اموال منقول و غیرمنقول

الف. مفهوم و فایدهٔ تقسیم

۴۰. تعریف و ضابطهٔ تشخیص:

مادهٔ ۱۲ قانون مدنی در تعریف مال غیرمنقول می‌گوید: «*مال غیرمنقول آنست که از محلی به محل دیگر نتوان نقل نمود، اعم از اینکه استقرار آن ذاتی باشد یا بواسطهٔ عمل انسان، بنحوی که نقل آن مستلزم خرابی یا نقص خود مال یا محل آن شود.*» و مادهٔ ۱۹ برای بیان خصوصیتهای مال منقول گفته است: «*اشیائی که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد، بدون اینکه به خود یا محل آن خرابی وارد آید، منقول است.*»

پس، ضابطهٔ اصلی در تشخیص مال غیرمنقول و منقول، قابلیت و امکان حمل و نقل است: بدین ترتیب که، هرگاه مالی قابل حرکت دادن باشد، بی‌آنکه برای عین یا محل آن خرابی به بار آید، مال را منقول می‌نامند. برعکس، اگر مالی قابل نقل مکان نباشد، یا اگر در عمل نیز نقل آن ممکن شود، این تغییر موجب ویرانی و خرابی عین یا محل آن گردد، آن را «*غیرمنقول*» می‌گویند. با وجود این، گاهی در اصطلاح قانون مدنی، غیرمنقول به

اموال قابل حمل و حتی حقوق مالی و منافع نیز گفته می‌شود، ولی این تجاوز از قاعده استثنایی و محدود به مواردی است که، قانونگذار بنا به مصالحی، اموال قابل حمل را به صراحت در حکم اموال غیرمنقول قرار داده باشد.

۴۱. آثار عملی تقسیم:

تشخیص نوع مال منقول و غیرمنقول در حقوق ما حائز اهمیت فراوان است، و آثار زیادی دارد که به مهمترین آنها اشاره می‌شود:

۱. خارجیان نمی‌توانند در ایران آزادانه اموال غیرمنقول را مالک شوند، و به‌موجب معاهده‌ها اجازه دارند فقط برای سکونت یا شغل و صنعت خود اموال غیرمنقول تحصیل و تملک کنند؛ در حالی که برای اموال منقول چنین محدودیتی وجود ندارد. مادهٔ ۶ قرارداد اقامت بین دولت ایران و آلمان، که مبنای سایر معاهدات نیز قرار گرفته است، در این زمینه اعلام می‌کند: «*اتباع هر یک از طرفین متعاهدین حق دارند، با متابعت از قوانین و نظامات جاریه، در خاک طرف متعاهد دیگر هر قسم حقوق و اموال منقول و تحصیل و تصرف و نقل و انتقال نموده و یا به معرض فروش برسانند... راجع به حقوق و اموال غیرمنقوله... موافقت حاصل است که اتباع آلمان در خاک ایران مجاز نیستند اموال غیرمنقوله، غیر از آنچه برای سکونت و شغل و یا صنعت آنها لازم است، تحصیل یا تصرف و یا تملیک نمایند.*»

۲. نقل و انتقال اموال غیرمنقول باید با سند رسمی انجام گیرد، و در مورد اموال منقول تنظیم سند رسمی اصولاً ضرورت ندارد (مواد ۲۲ و ۴۶ قانون ثبت). قیم نمی‌تواند مال غیرمنقول مولی‌علیه خود را بدون اجازهٔ دادستان بفروشد یا رهن گذارد (مادهٔ ۱۲۴۱ ق.م.).

۳. به موجب مادهٔ ۸۰۸ قانون مدنی، استفاده از حق شفعه اختصاص به اموال غیرمنقول دارد.

۴. مدت مرور زمان در دعاوی مالکیت یا وقفیت نسبت به عین غیرمنقول بیست سال است، و در دعاوی مربوط به اموال منقول تابع مرور زمان ده ساله یا کمتر از آنست (مواد ۷۳۷ و ۷۳۸ ق.آ.د.م.).

۵. برای رسیدگی به دعاوی راجعه به غیرمنقول، دادگاهی صالح است که مال

غیرمنقول در حوزهٔ آن واقع شده (مادهٔ ۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی) و در سایر دعاوی اصولاً به دادگاه محل اقامت مدعی‌علیه باید مراجعه شود (مادهٔ ۱۱ همان قانون).

۶. قانون آئین دادرسی مدنی از متصرف مال غیرمنقول حمایت مخصوص کرده و به او اجازه داده است، که به استناد همین تصرف، خلع ید و رفع مزاحمت کسانی را که به تصرفات وی تجاوز کرده‌اند بخواهد، بدون اینکه مجبور باشد مالکیت خود را در دادگاه اثبات کند.

۷. مطابق بند ۱ مادهٔ دوم قانون تجارت، فقط خرید و فروش اموال منقول از اعمال تجارتی است، و کسی که به معاملات اموال غیرمنقول مشغول است، هر اندازه که معاملات او مهم و پردرآمد باشد، تاجر محسوب نمی‌شود، مگر اینکه قانون داد و ستد غیرمنقول را در زمینهٔ ویژه‌ای تجارت بداند (مانند ساختن و فروختن آپارتمان): به‌موجب قانون تملک آپارتمانها مصوب ۱۳۴۳، اعمال شرکتهایی که به قصد ساختمان خانه و آپارتمان و محل کسب تشکیل می‌شود از این قاعده مستثنی شده و در زمرهٔ اعمال تجارتی تبعی درآمده است. مادهٔ ۵ این قانون می‌گوید: «*انواع شرکتهای موضوع مادهٔ ۲۰ قانون تجارت که به قصد ساختمان خانه و آپارتمان و محل کسب، به منظور سکونت یا پیشه یا اجاره یا فروش تشکیل می‌شود، از انجام سایر معاملات بازرگانی غیرمربوط به کارهای ساختمانی ممنوعند*».

۸. حق ارتفاق مخصوص اموال غیرمنقول است (مواد ۹۳ به بعد ق.م.).

۹. زن از اموال منقول به‌طور کلی ارث می‌برد، ولی در مورد اموال غیرمنقول سهم او بسیار محدود است. زیرا نه تنها از زمین و عرصه محروم است، عین ابنیه و اشجار را نیز نمی‌تواند به عنوان وراثت تملک کند، و باید قیمت ثمن یا ربع اعیان و اشجار را از سایر وارثان مطالبه کند. منتها، تا زمانی که این قیمت پرداخته نشده است، زن حق عینی تبعی بر آن اموال دارد و بر سایر طلبکاران مقدم است (مواد ۹۴۶ تا ۹۴۸ ق.م.).

۴۲. انواع اموال غیرمنقول:

با ملاحظهٔ مواد ۱۲ تا ۱۸ قانون مدنی، می‌توان اموال غیرمنقول را به چهار گروه تقسیم کرد:

۱. اموالی که ذاتاً غیرمنقول است.

۲. اموالی که در اثر عمل انسان غیرمنقول شده است.

۳. اموال منقولی که قانون آن را از پاره‌ای جهات در حکم غیرمنقول قرار داده است.

٤.غیرمنقول تبعی، یا حقوق مالی و دعاوی که موضوع آن غیرمنقول است، و از این لحاظ تابع اموال غیرمنقول محسوب می‌شود.

۴۳. اموال منقول:

به‌موجب مادهٔ ۲۰ قانون مدنی، کلیهٔ دیون از حیث صلاحیت محاکم در حکم اموال منقول است، و بنابراین اموال منقول را نیز می‌توان به طریق زیر تقسیم کرد:

۱. اموال منقول مادی؛

۲. حقوقی که در حکم مال منقول است.

این تقسیم‌ها را، برای سهولت مطالعه، در دو بخش جداگانه مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

ب. انواع مال غیرمنقول

۱. اشیاء

۴۴. غیرمنقول ذاتی:

تنها چیزی که، به حکم طبیعت خود و بی‌آنکه دست انسان دخالتی داشته باشد، وضع ثابت دارد زمین است. زمین و معادن و سنگهای آن قابل نقل و انتقال نیست و به این سبب آن را «*غیرمنقول ذاتی*» گفته‌اند.[1]

باید دانست که هیچ چیز بر حسب ذات خود ثابت نیست، چنان‌که زمین و سنگها و معادن آن نیز قابل جدا شدن و حرکت دادن است. ولی، حقوق به ثبات ذاتی بدین اطلاق

۱. مصطفی عدل (منصورالسلطنه)، ش ۳۹.

نمی‌نگرد و داوری در آن عرفی است نه علمی.[۱] به همین جهت نیز گروهی از نویسندگان زمین و آنچه را به آن اتصال یافته و ثبات عرفی یافته است (مانند ساختمان و درخت) غیرمنقول طبیعی نامیده‌اند.[۲]

۴۵. اموالی که در اثر عمل انسان غیرمنقول شده است:

پاره‌ای از اموال منقول چنان در بنا یا زمین به‌کار می‌رود که نمی‌توان آن را، جز با خرابی عین یا محل مال، حرکت داد. تفاوت این گونه اموال با زمین در این است که، دستهٔ نخست وصف غیرمنقول را به‌طور مصنوعی کسب کرده است و ذات آنها قابلیت نقل از محلی به محل دیگر را دارد. به همین جهت هم، اگر از زمین یا بنا جدا شود، صفت اکتسابی و مصنوعی را از دست می‌دهد و در شمار اموال منقول قرار می‌گیرد. برای مثال، آئینه و لوله‌های منصوب در ساختمان، تا زمانی که ملحق به بناء است، از اموال غیرمنقول محسوب می‌شود، ولی همین که از محل نصب خود جدا شود، صفت ذاتی آن باز می‌گردد و به صورت مال منقول در می‌آید (مواد ۱۳ و ۱۴).

مادهٔ ۱۵ قانون مدنی در پیروی از همین قاعده می‌گوید: «*ثمره و حاصل، مادام که چیده یا درو نشده است، غیرمنقول است، و اگر قسمتی از آن چیده یا درو شده باشد، تنها آن قسمت منقول است.*»

و مادهٔ ۱۶ نیز همین حکم را بدین عبارت دربارهٔ اشجار تکرار می‌کند: «*مطلق اشجار و شاخه‌های آن و نهال و قلمه، مادام که بریده یا کنده نشده است، غیرمنقول است.*»

اموالی که در مواد ۱۳ تا ۱۶ نام برده شده، به عنوان نمونه و مثال است و طبق قاعده‌ای که گفته شد، تمام اموالی که در اصل منقول بوده و در اثر الصاق به زمین یا بنا غیرمنقول شده است در شمار این گروه قرار می‌گیرد.

---

۱. رک. ریپر و بولانژه، ج ۲، ش ۲۱۵۵.

۲. همان کتاب، ش ۲۱۵۶ ـ مازو و شاباس، مقدمه، ش ۱۸۸ به بعد.

۴۶. اثر تراضی اشخاص در صفت این اموال:

مسألهٔ مورد بحث این است که، اگر درخت و میوه یا مصالح بنایی، در حالی که از زمین جدا نشده است، به قصد بریدن یا چیدن یا خراب کردن فروخته شود، باز هم باید آنها را غیرمنقول دانست، یا منظور دو طرف قرارداد می‌تواند در صفت این اموال مؤثر واقع شود و آنها را، در حالی که منصوب به زمین است، در حکم منقول کند؟

مواد ۱۵ و ۱۶ قانون مدنی ثمرهٔ اشجار را، تا زمانی که بریده یا کنده نشده، به‌طور مطلق در ردیف اموال غیرمنقول قرار داده است. پس، اگر به ظاهر این مواد اعتماد شود، بیگمان باید گفت که این گونه اشیاء، تا زمانی که به زمین اتصال دارد و رابطهٔ آن با مال غیرمنقول قطع نشده، غیرمنقول است. ولی، در برابر ظاهر مواد می‌توان استدلال کرد که ثمرهٔ اشجار و مصالح بنایی به حکم ذات خود از اموال منقول است و به خاطر ارتباط با زمین وصف *«غیرمنقول»* را کسب کرده است. پس، اگر بنای دو طرف معامله بر جدا کردن آن اموال از زمین باشد، در حقیقت باید گفت که مال منقولی، صرف نظر از عوارض کنونی آن، موضوع معامله قرار گرفته است. برای مثال، اگر بارفروشی میوه‌های باغی را به قصد فروش از صاحب درخت بخرد، با اینکه هنگام معامله میوه‌ها هنوز چیده نشده و جزء درخت است، نه فروشنده آن را به اعتبار وجود در باغ فروخته است، و نه خریدار توجهی به اتصال موضوع معامله به زمین دارد؛ بنای معامله بر چیدن میوه‌ها و حمل آن به انبار یا دکان مشتری است. با این ترتیب، دلیلی وجود ندارد که این میوه‌ها غیرمنقول محسوب شود و، به عنوان مثال، اگر نزاعی در خصوص آن درگیرد، به جای دادگاه محل اقامت مدعی‌علیه، محکمهٔ واقع در محل باغ مرجع صالح باشد.[1]

۴۷. اموالی که در حکم غیرمنقول است:

بعضی از اشیاء منقول، با آنکه قابل نقل است، چون اختصاص به امور زراعت و آبیاری دارد، از حیث *«صلاحت محاکم»* و *«توقیف اموال»* در حکم اموال غیرمنقول شده است.

علت این استثناء فایدهٔ عملی است که از ارتباط کامل این اموال با زمین به‌دست می‌آید؛ یعنی قانونگذار خواسته است که با این حکم از جدا شدن اموال منقولی که لازمهٔ

---

۱. پلنیول و ریپر و پیکار، رسالهٔ عملی حقوق مدنی فرانسه، ج ۳، چاپ دوم، ش ۱۰۲ به بعد.

آبیاری و زراعت است از زمین جلوگیری کند: اگر لوازم زراعت طبق قاعدهٔ کلی در زمرهٔ اموال منقول محسوب شود، چون توقیف این اموال با شرایط ساده‌تری امکان دارد، همیشه بیم آن می‌رود که آلات و ادوات زراعت توقیف شود و زمین بدون استفاده باقی بماند.

۴۸. شرایط تحقق حکم:

مادهٔ ۱۷ قانون مدنی در این زمینه می‌گوید: «*حیوانات و اشیایی که مالک آن را برای عمل زراعت اختصاص داده باشد، از قبیل گاو و گاومیش و ماشین و اسباب و ادوات زراعت و تخم و غیره، و به‌طور کلی هر مال منقول که برای استفاده از عمل زراعت لازم و مالک آن را به این امر تخصیص داده باشد، از جهت صلاحیت محاکم و توقیف اموال جزو ملک محسوب و در حکم مال غیرمنقول است.*» از مطالعهٔ این ماده به‌خوبی برمی‌آید که، آلات و ادوات زراعت و آبیاری، فقط در صورت وجود دو شرط زیر، در حکم غیرمنقول قرار می‌گیرد:

۱. فرض غیرمنقول بودن تنها در مورد حیوانات و اشیایی است که به مالک زمین تعلق دارد، و ادواتی که ملک دیگران است در حکم زمین و مال غیرمنقول به‌شمار نمی‌آید: یعنی حیوانات و اشیاء با زمین زراعتی باید دارای یک مالک باشد. زیرا، اگر مالک آنها متفاوت باشد، دیگر ضرورت ندارد که برای حفظ زراعت قانون آن اموال را از حیث صلاحیت محاکم و توقیف در حکم غیرمنقول بداند.

در این حال، زمین و آلات و ادوات زراعت مربوط به دو دارایی با مطالبات و بدهی‌های خاص است، و هیچ‌گاه با هم توقیف و به فروش نمی‌رسد تا حکم مادهٔ ۱۷ بتواند مفید واقع شود. پس، اگر مستأجری گاو و تخم را از مال خود در زمین مورد اجاره به‌کار ببرد، آن گاو و تخم مال غیرمنقول محسوب نمی‌شود، و اگر مالک زمین تراکتور یا چرخ آبیاری را جداگانه از زمین بفروشد موضوع عقد بیع مال منقول است.[1]

۲. حیوانات و اشیاء باید اختصاص به‌کار زراعت و آبیاری داده شده باشند. پس، اگر تراکتوری برای تسطیح راهها به‌کار رود و گاه نیز زمین را به منظور زراعت شیار کند، در

---

۱. پلنیول و ریپر و پیکار، همان کتاب، ش ۷۹ و ۸۰.

حکم غیرمنقول نیست. همچنین، اگر حیوانی که از طرف مالک به امر زراعت و آبیاری اختصاص داده شده است به کار دیگری گمارده شود، این تغییر مصرف صفت غیرمنقول آن را از بین خواهد برد.

۴۹. انتقاد از مادهٔ ۱۷ ق.م.:

حکم مادهٔ ۱۷ قانون مدنی در پاره‌ای موارد مانع از معطل ماندن زمین و ویرانی مزارع می‌شود. ولی مفاد آن برای رسیدن به هدفی که قانونگذار داشته کافی نیست و با ضرورتهای اجتماع کنونی ما سازگار به نظر نمی‌رسد و معایب آن را در چند نکته می‌توان خلاصه کرد:

۱. برای جلوگیری از تعطیل زراعت و جدا شدن آلات و ادوات آن از زمین، ضرورت نداشت که، بر خلاف اصول، قانون بعض اشیاء منقول را در حکم غیرمنقول قرار دهد، زیرا کافی بود در مادهٔ خاصی انتزاع آلات زراعت و آبیاری از زمین ممنوع یا موکول به رضای صاحب ملک شود.

۲. اگر منظور قانونگذار از وضع مادهٔ ۱۷ این باشد که رابطهٔ محکمی بین ادوات زراعت با زمین ایجاد کند و مانع از جدایی آن اموال از زمین زراعتی شود، باید پذیرفت که حکم انشاء شده برای رسیدن به مقصود او کافی نیست. زیرا در مادهٔ ۱۷ اسباب و ادوات زراعت و آبیاری، تنها از جهت صلاحیت محاکم و توقیف اموال، در حکم مال غیرمنقول قرار گرفته است، و حال آنکه در اثر اسباب دیگر نیز، مانند تقسیم و وصیت، همیشه احتمال انتزاع این اشیاء از زمین می‌رود.

۳. اگر حمایت از زراعت مجوز ایجاد چنین استثناء مهمی باشد، با اهمیت روزافزونی که امور تجارتی و صنعتی پیدا کرده است، به طریق اولی باید مانند حکم مادهٔ ۱۷ دربارهٔ ادوات صنعتی و تجارتی نیز انشاء شود. زیرا، اجرای احکام غیرمنقول بر اشیاء منقول امری استثنایی است و باید به شکل محدود پذیرفته شود و حکم مادهٔ ۱۷ قابل سرایت به اموال لازم برای امور تجارتی و صنعتی نیست.

۲. حقوق و دعاوی

۵۰. غیرمنقول تبعی ـ قاعده:

طبقه‌بندی اموال منقول و غیرمنقول ناظر به اموال مادی خارجی است و حقوق مالی را نباید در ردیف اشیاء در این تقسیم آورد.[۱] پس، اگر لازم باشد که این حقوق نیز به منقول و غیرمنقول تقسیم شود، به‌جای توجه به ماهیت حقوقی آن، باید موضوع حق را در نظر گرفت: بدین ترتیب، حقی که موضوع آن مال غیرمنقول است، به تابعیت از موضوع خود، غیرمنقول به شمار می‌رود و حقی که بر مال منقول وجود دارد منقول است. به‌همین جهت، قانون مدنی در مادهٔ ۱۸، پاره‌ای از حقوق و دعاوی را تابع اموال غیرمنقول دانسته است و ما این اموال را «*غیرمنقول تبعی*» می‌نامیم.

۵۱. اجرای قاعده در حقوق عینی:

اجرای این قاعده در حقوق عینی و یافتن مصداقهال منقول و غیرمنقول آن، هیچ اشکال مهمی ندارد. زیرا، اگر حق عینی مربوط به مال غیرمنقول باشد، آن حق نیز غیرمنقول است؛ و اگر حق ناظر به شییء منقول باشد، به تابعیت از آن منقول است. پس، حق انتفاع از خانه غیرمنقول و از اتومبیل یا کشتی منقول است؛ و حق ارتفاق نسبت به ملک غیر، مانند حق عبور و حق مجری، چون اختصاص به املاک دارد، همیشه غیرمنقول است.

در مادهٔ ۱۸ قانون مدنی تنها از حق انتفاع بر غیرمنقول و حق ارتفاق صحبت شده، ولی روشن است که آوردن این دو به‌عنوان نمونه و مثال است و سایر حقوق عینی مربوط به اموال غیرمنقول (مانند حق مالکیت و حق وثیقه) نیز تابع موضوع آن حقوق است.

۵۲. اعمال قاعده در حقوق دینی:

حق دینی حق بر شخص است و بی‌واسطه به مال مربوط نمی‌شود و، قطع نظر از

---

۱. مازو و شاباس، دروس حقوق مدنی، ج ۱ (مقدمه)، ش ۱۹۸.

موضوع آن، منقول است (مادهٔ ۲۰ قانون مدنی) و نباید آن را در زمرهٔ حقوق غیرمنقول آورد، زیرا موضوع این حق مال غیرمنقول نیست و شاید به همین جهت در مادهٔ ۱۸ قانون مدنی نیز نامی از دیون غیرمنقول برده نشده است. ولی، به این قاعده نمی‌توان اعتماد کرد، و باید امور گوناگونی را که ممکن است موضوع دین قرار گیرد، جداگانه مورد بررسی قرار داد: حق دینی گاه ناظر به انتقال مال، و گاه دیگر نیز راجع به‌کار معین است:

۱. وعدهٔ انتقال مال: در مواردی که موضوع دین انتقال مال غیرمنقول است، اصل حق را نیز باید تابع آن شمرد. برای مثال، اگر کسی تعهد کند که خانهٔ خود را به دیگری بفروشد، با آنکه خریدار هنوز هیچ حق عینی بر خانه ندارد، چون با تحقق وعده متعهد خانه را به طلبکار انتقال می‌دهد، دین را به تبع موضوع آن باید غیرمنقول دانست. همچنین است وقتی که، شخص هزار متر از زمین معین را به‌طور کلی انتقال می‌دهد، زیرا موضوع دین فروشنده در این حال غیرمنقول است. در مواردی هم که ملکیت با بیع انتقال نمی‌یابد و بر حسب تراضی مدتی به تأخیر می‌افتد یا منوط به پرداخت آخرین قسط ثمن می‌شود، خریدار غیرمنقول طلبی دارد که موضوع آن غیرمنقول است.[1]

۲. تعهد بر انجام دادن کار یا خودداری از آن: در این صورت، چون موضوع تعهد کار انسان است منقول به شمار می‌آید، هرچند که مربوط به مال غیرمنقول باشد. برای مثال، هرگاه معماری تعهد ساختن خانه‌ای را کند، اگرچه در نتیجهٔ کار او خانه‌ای به‌وجود می‌آید و طلبکار مالک آن می‌شود، این تعهد را نمی‌توان غیرمنقول دانست. زیرا، تعهد معمار به اجرای یک سلسله کارهایی است (مانند طرح نقشهٔ ساختمان، تهیهٔ مصالح و نظارت بر کارگران) که همه منقول شمرده می‌شود.[2]

۳. تعهد به تسلیم: تعهدی که فروشنده در تسلیم مبیع غیرمنقول به خریدار دارد (بند ۳ مادهٔ ۳۶۲ ق.م.) در زمرهٔ تعهدهای منقول است. زیرا، به مجرد وقوع عقد، خریدار مالک مبیع می‌شود و تعهدی که فروشنده نسبت به تسلیم آن دارد مربوط به انتقال ملکیت نیست؛ وظیفه دارد تا خریدار را بر مالی که فروخته است مسلط کند. پس، موضوع تعهد او انجام دادن کاری است که فقط با مال غیرمنقول ارتباط دارد.

---

۱. مازو و شاباس، همان کتاب، ش ۲۰۱.

۲. کاپیتان و کولن و لاموراندیر، ج ۱، ش ۶۲۲ - پلنیول و ریپر، همان کتاب، ش ۹۴.

۵۳. دعاوی غیرمنقول:

مطابق بخش اخیر مادهٔ ۱۸ قانون مدنی: «... *دعاوی راجعه به اموال غیرمنقوله، از قبیل تقاضای خلع ید و امثال آن، تابع اموال غیرمنقول است.*» و مادهٔ ۱۲ قانون آئین دادرسی مدنی در بیان نتیجهٔ این تقسیم می‌گوید: «*دعاوی مربوط به غیرمنقول، اعم از دعاوی مالکیت، مزاحمت، ممانعت از حق، تصرف عدوانی و سایر حقوق راجعهٔ به آن، در دادگاهی اقامه می‌شود که مال غیرمنقول در حوزهٔ آن واقع است، اگرچه خوانده در آن حوزه مقیم نباشد.*»

دعوی را نمی‌توان به منقول و غیرمنقول تقسیم کرد. ولی، نزاعی که در مطالبهٔ حق یا مال غیرمنقول ایجاد می‌شود به تبعیت از خواستهٔ آن غیرمنقول است: مانند: دعوی مالکیت و حق ارتفاق و انتفاع و خلع ید از اراضی و نظایر اینها. همچنین، در موردی که موضوع حق دینی مال غیرمنقول است، دعوایی را که برای اجبار متعهد اقامه می‌شود باید غیرمنقول شمرد. منتها، قوانین مدنی و آئین دادرسی، با ذکر عبارت (دعاوی راجعه به اموال غیرمنقول)، مفهوم وسیع‌تری را برای این گونه دعاوی ایجاد کرده است، و همین عبارت باعث به‌وجود آمدن اختلافهای گوناگون در تشخیص صلاحیت محاکم شده است.

پس، علاوه بر دعاوی که موضوع آن مطالبهٔ حق عینی یا تعهد غیرمنقول است، دعاوی زیر تابع اموال غیرمنقول به شمار می‌رود:

۱. دعاوی تصرف، اعم از اینکه مالکیت محل نزاع باشد، یا متصرف سابق اعادهٔ وضع گذشته را بخواهد، یا مدعی تسلیط خود را بر مال غیرمنقولی درخواست کند: یعنی تمام دعاوی مربوط به خلع ید غاصبانه و امانی اشخاص بر غیرمنقول، و تصرف عدوانی و رفع مزاحمت و ممانعت از حق، و اجبار فروشنده بر تسلیم مبیع... و امثال اینها، از دعاوی راجع به غیرمنقول است.

۲. دعاوی که موضوع آن تملک مال غیرمنقول است، مانند دعوی فسخ و بطلان و عدم نفوذ معاملات اموال غیرمنقول. در این گونه موارد، هرچند که دعوی به صورت ظاهر درخواست ابطال سند و فسخ معامله است، در حقیقت مدعی می‌خواهد، با اثبات بطلان انتقال، مالکیت کنونی خود را بر مال غیرمنقول نشان دهد، یا غیرمنقولی را که به دیگری منتقل ساخته است

دوباره تملک کند.

برعکس، دعاوی مربوط به مطالبهٔ دیون، اگرچه دین ناشی از مال غیرمنقول باشد، منقول محسوب است. برای مثال، اگر موجر برای مطالبهٔ اجاره یا فروشنده برای گرفتن ثمن مال غیرمنقولی دعوی کند، ادعای او تابع مال غیرمنقول نیست، و باید در دادگاه محل اقامت مدعی‌علیه اقامه شود.

۵۴. مطالبهٔ اجرت‌المثل و خسارات وارد بر املاک:

غالب نویسندگان دعاوی مربوط به اجرت‌المثل و خسارات وارد بر املاک را تابع غیرمنقول دانسته‌اند،[۱] و دیوان عالی کشور نیز در آراء متعدد بین دعوی مال‌الاجاره و اجرت‌المثل تفاوت گذارده، و دعوی دوم را تابع غیرمنقول شمرده است. برای توجیه این نظر استدلال شده است: «*مال‌الاجارهٔ مال غیرمنقول، چون دین و در ذمه است، ملحق به منقول محسوب می‌شود، و در غیر محکمه‌ای که ملک در حوزهٔ آنست می‌توان اقامهٔ دعوی مال‌الاجاره کرد، لیکن اجرت‌المثل مال غیرمنقول تابع غیرمنقول بوده و در محکمه‌ای به آن رسیدگی می‌شود که مال غیرمنقول در حوزهٔ آن محکمه واقع است.*»[۲]

در انتقاد از این نظر می‌توان گفت: نه تعهد به پرداختن پول غیرمنقول است، و نه مفاد ادعا به‌طور مستقیم به غیرمنقول ارتباط دارد: کسی که از مال غیرمنقول استفاده می‌کند یا زیانی به آن می‌رساند، در برابر مالک ملزم به پرداخت مبلغی پول می‌شود. موضوع این تعهد بی‌گمان منقول است. و فقط حق طلبکار ناشی از حق مالکیتی است که او بر مال غیرمنقول دارد. با مثالهایی که مادهٔ ۲۰ قانون مدنی در مورد مال‌الاجاره و ثمن بیع زده است، دیگر نباید ادعاء کرد که منشأ تعهد می‌تواند صفت منقولی آن را دگرگون سازد.[۳]

با وجود این باید دانست که، هرچند نظر دیوان کشور از حیث استدلال تمام نیست، از جهت نتیجه قوی‌تر بنظر می‌رسد. زیرا، کسی که از منافع غیرمنقول استفاده می‌کند یا سبب تلف آن می‌شود، به حکم قانون ملزم به جبران خسارات است: یعنی انجام دادن کار معینی بر عهدهٔ او بار

---

۱. مرحوم دکتر سید حسن امامی، ج ۱، ص ۳۸ ـ مرحوم مصطفی عدل، حقوق مدنی ایران، ص ۳۶.

۲. آراء شمارهٔ ۱۵۲ ـ ۱۹۷ و ۱۷۱۳ ـ ۱۵۶۴ و ۵۸۷ ـ ۵۵۰ (دیوان کشور، محمد بروجردی عبده، اصول حقوقی دیوانعالی تمیز تا سال ۱۳۱۰، ص ۱۴۴، ش ۱۴۶۷).

۳. طرح مقدماتی حقوق مدنی، شمارهٔ ۸۶ مجلهٔ کانون وکلاء، ص ۶۴، شمارهٔ ۹۷ از مقالهٔ نویسنده.

می‌شود. در این حالت، موضوع دین مقداری پول نیست و این حکم دادگاه است که الزام او را به مبلغی تقویم و به پول مبدل می‌سازد؛ در حالی که موضوع تعهد پرداخت مال‌الاجاره و ثمن از ابتداء مقداری پول، یعنی منقول است. پس وقتی مالک به عنوان جبران خسارت یا بدل منافعی که تلف شده است اقامهٔ دعوی می‌کند، در واقع اجبار او را به کاری که راجع به غیرمنقول است می‌خواهد.

۵۵. دعوی مربوط به تولیت موقوفات غیرمنقول:

موضوع حق تولیت انجام دادن سلسله کارهایی است که به‌موجب وقفنامه به عهدهٔ متولی گذارده شده است. بنابراین، از نظر منطقی نباید آن را در زمرهٔ حقوق غیرمنقول آورد. ولی عبارت مادهٔ ۱۸ قانون مدنی شامل آن می‌شود، زیرا حق تولیت راجع به ادارهٔ مال غیرمنقول است و دعوی راجع به این حق باید در دادگاه محل وقوع وقف مطرح شود.

ب. اموال منقول

۱. اشیاء

۵۶. اموال منقول مادی:

مقصود از این اموال، کلیهٔ اشیاء مادی خارجی است که قابلیت نقل و انتقال را از محلی به محل دیگر دارد، خواه به خودی خود بتواند حرکت کند: مانند حیوانها، یا نیروی خارجی قادر باشد که محل آن را بدون خرابی تغییر دهد: مانند کتاب، اتومبیل و اثاث خانه.

اموال منقول ممکن است به‌طور مصنوعی صفت غیرمنقولی را کسب کند و چنان در بنا یا زمین یا بنا به‌کار رود که تغییر آن، جز با خرابی محل یا عین مال، ممکن نباشد. ولی، این وضع نمی‌تواند وصف ذاتی آن اموال را از بین ببرد. پس، همین که رابطهٔ آنها با زمین یا بنا قطع شود، در شمار اموال منقول قرار می‌گیرد: چنان‌که مادهٔ ۲۲ قانون مدنی در تأیید این امر می‌گوید: «*مصالح بنّایی، از قبیل سنگ و آجر و غیره، که برای بنّایی تهیه شده یا به واسطهٔ خرابی از بنا جدا شده باشد، مادامی که در بنا به‌کار نرفته، داخل در منقول است.*»

ممکن است توقیف پاره‌ای از اشیاء منقول، بنا به مصالح خاصی، تابع مقررات اموال غیرمنقول قرار داده شود. ولی، باید توجه داشت که این حکم، جز در مواردی که قانون مقرر داشته است، اموال منقول را در حکم غیرمنقول نخواهد ساخت: چنان‌که مادهٔ ۲۱ قانون مدنی، برای رفع همین شبهه، می‌گوید: «*انواع کشتی‌های کوچک و بزرگ و قایقها و آسیاها و حمام‌هایی که در روی رودخانه و دریاها ساخته می‌شود و می‌توان آنها را حرکت داد، و کلیهٔ کارخانه‌هایی که نظر به طرز ساختمان جزو بنای عمارتی نباشد، داخل در منقولات است. ولی توقیف بعضی از اشیاء مزبوره ممکن است، نظر به اهمیت آنها، موافق ترتیبات خاصه بعمل آید.*»

۵۷. اسناد در وجه حامل:

سند نوشته‌ای است که در مقام دعوی یا دفاع قابل استناد باشد (مادهٔ ۱۲۸۴ ق.م.). پس، سند وسیلهٔ اثبات حق است و ذاتاً مالیت ندارد. ولی، در پاره‌ای موارد، موضوع سند چنان با ماهیت آن مخلوط می‌شود که گویی مالک نوشته صاحب واقعی حق نیز هست و حق مالی از اجزاء سند شده است. بهترین نمونهٔ این‌گونه اسناد اسکناس است که، در اقتصاد امروز، نمایندهٔ ارزش اعتباری آن و وسیلهٔ ارزیابی سایر کالاها و خدمات است. چکهای تضمین شده، سهام بی‌نام شرکتها، و بروات و سفته‌ها و چکهای در وجه حامل را نیز باید از این گروه دانست.

با اینکه کاغذ این اسناد ارزشی در خور ندارد، چون دلیل وجود حق مالی است که به متصرف آن برگ تعلق دارد، قابل داد و ستد شده است و به عنوان کالای خاصی با سایر کالاها و خدمات مبادله می‌شود. پس، به این اعتبار، اسناد در وجه حامل را نیز باید از اشیاء مادی منقول شمرد.

۲. حقـوق

۵۸. حقوقی که در حکم منقول است:

حقوق مالی که بر اشیاء منقول وجود دارد، به تبع موضوع خود منقول است. مادهٔ ۲۰ قانون مدنی از حقوق دینی منقول به صراحت نام می‌برد: «*کلیهٔ دیون، از قبیل قرض و ثمن*

بیع و مال‌الاجارهٔ عین مستأجره از حیث صلاحیت محاکم در حکم منقول است، ولو اینکه مبیع یا عین مستأجره از اموال غیرمنقول باشد.» پس، تمام حقوق دینی که موضوع آن پول یا مال منقول باشد، صرفنظر از منشأ استحقاق خود، در حکم منقول است و قاعده این است که برای مطالبهٔ آن باید در دادگاه محل اقامت مدعی‌علیه اقامهٔ دعوی شود (مادهٔ ۱۱ ق.آ.د.م.)، مگر اینکه قانون دادگاه دیگری را صالح بشناسد (مواد ۱۲ به بعد همان قانون.)

ولی نباید از این قاعده نتیجه گرفت که قانون مدنی حقوق عینی منقول را نپذیرفته است. زیرا، از مادهٔ ۱۸ که انتفاع از اشیاء غیرمنقول و حق ارتفاق و دعاوی راجع به غیرمنقول را تابع موضوع خود دانسته است، بخوبی برمی‌آید که دعاوی و حقوق عینی مربوط به اموال منقول، از حیث صلاحیت محاکم، تابع آنست.

اجرای این قاعده در حقوقی که موضوع آن مخلوطی از اموال منقول و غیرمنقول یا فعالیت ذهنی انسان است در قانون پیش‌بینی نشده و به دشواری انجام می‌پذیرد. یافتن پاسخ مناسب در هر یک از مصداقهای مورد اشتباه نیاز به تحلیل ماهیت موضوع حق دارد. شایع‌ترین بحثها دربارهٔ حق شریکان در شرکتها و حقوق معنوی و حق سرقفلی است که باید جداگانه مورد توجه قرار گیرد.

۵۹. حق شریکان (سهم شرکت):

هرگاه دو یا چند شخص، به منظور سودجویی یا مقاصد دیگر، اموالی را بین خود مشترک قرار دهند، چنین اجتماعی را شرکت می‌نامند. برای تشکیل شرکت، هر یک از شریکان مالی به‌عنوان سرمایه می‌دهد و در مقابل، مالک سهم مشاعی از تمام اموال شرکت می‌شود. حال باید دید، اگر سرمایهٔ شرکت را مقداری مال منقول و غیرمنقول تشکیل دهد، آیا سهم هر یک از شریکان به تناسب موضوع آن باید منقول و غیرمنقول تلقی شود، یا پس از تشکیل شرکت حق شریک به‌طور کلی منقول است؟ برای مثال، اگر سه تاجر به منظور خرید و فروش قالی شرکتی تشکیل دهند و هر یک ثلث سرمایه را بپردازد و این شرکت برای اجرای هدفهای خود چند مغازه و ملک را بخرد، آیا سهمی که هر یک از این سه شریک در املاک خریداری شده و سرمایه منقول شرکت دارد، جداگانه و به تناسب طبیعت سرمایه باید منقول و غیرمنقول به شمار آید، یا می‌توان گفت که سهام آنان صرفنظر از نوع سرمایه همیشه منقول است؟

برای دادن پاسخ درست، باید دید که آیا اجتماع شریکان از نظر قانون شخصیتی ممتاز از آنان دارد یا نه؟ و به بیان دیگر، آیا شرکت دارای شخصیت حقوقی است، یا تنها اجتماعی از حقوق مالکان در اموال مشاع است؟

۱. در صورتی که اجتماع مالکان دارای شخصیت حقوقی نباشد، طبیعت حق شریک تابع ماهیت حقوقی هر یک از اجزاء سرمایه و به تناسب نوع آن، منقول یا غیرمنقول است. پس، اگر دو تن برای ساختمان مهمانخانه‌ای مقداری پول به شرکت گذارند و عمارتی بنا کنند، سهم هر یک از آن دو در عمارت غیرمنقول است.

۲. بر عکس، اگر اجتماع مالکان از نظر حقوقی شخصیت خاصی پیدا کند، سرمایهٔ شرکت، خواه منقول باشد یا غیرمنقول، به این شخصیت تعلق دارد و هیچ یک از شریکان، تا زمانی که شرکت منحل نشده است، نمی‌تواند ادعاء کند که به‌طور مشاع در هر یک از اجزاء سرمایه حق مالکیت دارد. در شرکتهای تجارتی که دارای چنین شخصیتی هستند، حق شرکت منحصر به مطالبهٔ منافع حاصل در زمان بقای شرکت و تملک باقیماندهٔ سرمایه پس از انحلال آن است. این حق به‌طور مستقیم مربوط به سرمایه و اموال شرکت نیست؛ حق خاصی است که شریکان در مقابل مالک سرمایه، یعنی شخصیت حقوقی، دارند. پس باید قبول کرد که در اثر قرارداد، حقوق عینی شرکاء بر سرمایه، تبدیل به حق خاصی می‌شود که موضوع آن درآمد مربوط به منافع سالیانه است، و به همین جهت به تابعیت از موضوع آن باید منقول محسوب شود.[1]

باید دانست که این وضع اختصاص به شرکتهای تجارتی ندارد، و در تمام شرکتهایی که از نظر حقوقی می‌تواند دارایی خاص داشته باشد جاری است: به عنوان مثال، اگر شرکتی به منظور استخراج معدن تشکیل شود، چون موضوع فعالیت آن تحصیل و خرید و فروش مال غیرمنقول است، در زمرهٔ شرکتهای تجارتی قرار نمی‌گیرد، ولی سهام آن مانند سایر شرکتها منقول است.

۶۰. حقوق معنوی:

دیدیم که پاره‌ای از حقوق مالی، با آنکه از نظر اقتصادی دارای ارزش است، بر اشیاء عالم خارج اعمال نمی‌شود و موضوع آن فعالیت و فکر انسان است. در تعریف این دسته از حقوق می‌توان گفت: «**حقوق است که به صاحب آن اجازه می‌دهد تا به انحصار از منافع و شکل**

---

۱. کولن و کاپیتان و لاموراندیر، ج ۱، ش ۶۸۰ - پلنیول و ریپر، ج ۳، ش ۱۱۴.

خاصی از فعالیت یا فکر انسان استفاده کند.» به عنوان مثال، حقی که تاجر و صنعتگر نسبت به نام تجارتی یا شکل خاص محصولات و کالاهای خود دارد، یا حقی که نویسندهٔ اثر ادبی یا مخترع نسبت به تألیف و اختراع خود پیدا می‌کند، بیگمان از حقوق مالی و باارزش است. ولی موضوع آن، به‌جای اشیاء خارجی، امور ذهنی و فکری است و به همین جهت این حقوق را *«حقوق مالی ذهنی»* یا *«حقوق معنوی»* می‌نامیم.

از آنجا که تشخیص احکام مربوط به اموال ایجاب می‌کند که نوع تمام اشیاء و حقوق مالی، از حیث منقول و غیرمنقول بودن تعیین گردد، باید جز آن بخش از حقوق مالی که مطابق قانون غیرمنقول دانسته شده است، بقیهٔ حقوق منقول شناخته شود: غالب نویسندگان منقول بودن را موافق قاعده دانسته‌اند و حقوق غیرمنقول را اختصاص به مواردی داده‌اند که به صراحت از قانون استنباط می‌شود.

این اصل از روح مادهٔ ۱۸ قانون مدنی که حقوق غیرمنقول را شمرده نیز استنباط می‌گردد و قبول آن در تشخیص بسیاری از حقوق نوبنیاد بسیار مفید است.

بنابراین، چون موضوع حقوق معنوی ابداع ذهنی و فعالیتهای انسانی است، و این موضوع را نمی‌توان غیرمنقول تلقی کرد، این دسته از حقوق مالی بر طبق مفهوم مادهٔ ۱۸ باید منقول محسوب شود.

۶۱. حق سرقفلی:

در تجارت امروز، فعالیت و سرمایهٔ تاجر و نوع کاری که انجام می‌دهد بیش از ویژگیهای اخلاقی او اهمیت دارد. ممکن است مشتریان تجارتخانه‌ای صاحب آن را نشناسند، ولی در اثر اعتماد به نام تجارتی و فعالیت مؤسسهٔ او مایل باشند که اشیاء مورد نیازشان را از فرآورده‌های او تهیه کنند. بنابراین، مشتریان دائم تاجر به سرمایه و کالای تجارتی و نوع افزار و آلات او بیشتر از شخص تاجر بستگی دارند، در حالی که مشتریان مدنی، مانند کسانی که به پزشک یا وکیل دادگستری مراجعه می‌کنند، به اعتبار صلاحیت و حسن سلوک شخص او است.

با توجه به این واقعیت، در فرانسه این فکر ایجاد شده است که تاجر باید بتواند حق بر مشتریان را مانند یکی از حقوق مالی بداند و در آن تصرفات مالکانه کند. این حق از عوامل مؤسس آن جدا نیست و با سرمایهٔ تاجر و نام تجارتی و پروانهٔ کسب و حق تقدم در اجاره و

حتی تزیینات مغازه آمیخته است.[۱] پس، در تعریف این حق می‌توان گفت: «*حقی است بر مشتریان دائم و سرمایهٔ تجارتخانه*».

این حق را که ممکن است در فارسی «*مایهٔ تجارت*» ترجمه کرد، دارای عناصر گوناگون است. بعض از این عناصر مادی است (مانند کالای تجارتی و افزار کار) و بعض دیگر غیرمادی (مانند حق تقدم در اجاره و نام تجارتی و علائم مخصوص تجارتی). ولی، عنصر اساسی آن حفظ مشتریان تاجر و در نتیجه حقی است که او در اثر کار و فعالیت و امانت خود به‌دست آورده است، و سایر عناصر از توابع این حق اصلی است.

از سوی دیگر، چون اموال غیرمادی و حقوق مالی را به حکم ماهیت و ذات خود نمی‌توان به منقول و غیرمنقول تقسیم کرد: تشخیص نوع این حقوق تنها به وسیلهٔ موضوع آنها امکان دارد: به این ترتیب که، اگر موضوع حق مال منقول باشد، آن حق را «**منقول تبعی**» می‌دانند، و اگر موضوع حق غیرمنقول باشد، حق نیز «**غیرمنقول تبعی**» است. موضوع حق سرقفلی یا «**حق بر مشتریان دائم**» کار و فعالیت انسان است. عمل انسان را نمی‌توان در شمار اموال غیرمنقول آورد. پس، در حقوق فرانسه مایهٔ تجارت یا سرقفلی را بدین معنی از اموال منقول تبعی به حساب آورده‌اند.[۲]

اما در حقوق ایران، مفهوم سرقفلی یا مایهٔ کسب، به وسعتی که در حقوق فرانسه تعبیر شده است وجود ندارد. حق سرقفلی، که قانون روابط مالک و مستأجر مصوب خرداد ماه ۳۹ از آن به «*حق کسب و پیشه یا تجارت*» تعبیر کرده و در قانون ۱۳۵۶ با اندک تغییر (حق کسب یا پیشه یا تجارت) آمده است، حقی است که به موجب آن مستأجر متصرف، در اجاره کردن محل کسب خود بر دیگران مقدم شناخته می‌شود، و در عرف بازار نیز وقتی می‌گویند تاجری سرقفلی مغازه‌اش را فروخت، یعنی آن را تخلیه کرد و به دیگری واگذارد، و این مفهوم هیچ‌گاه شامل انتقال سرمایهٔ تاجر و نام تجارتی او نمی‌شود.

مادهٔ ۱۱ قانون روابط مالک و مستأجر ۱۳۳۹، عوامل زیر را برای تعیین ارزش حق کسب در نظر گرفته بود:

۱. موقعیت و مرغوبیت محل کسب و پیشه یا تجارت.

---

۱. این مجموع را "Fonds de Conmerce" می‌نامند.

۲. لیون کان و رونور، حقوق تجارت، ج ۳، ش ۱۴۱ ـ کولن و کاپیتان، رسالهٔ حقوق مدنی، ج ۱، ش ۶۸۸ ـ پلنیول و ریپر، رسالهٔ عملی در حقوق مدنی فرانسه، ج ۳، ش ۱۰۹.

۲. شرایط و کیفیات اجاره، از لحاظ مزایایی که در عقد اجاره برای موجر یا مستأجر منظور گردیده است.

۳. طول مدت اشتغال مستأجر به کسب و پیشه یا تجارت در مورد اجاره، و حسن شهرت او که در معروفیت محل مزبور مؤثر افتاده است.

٤. وضع محل اجاره از نظر نوع بنا.

۵. مخارجی که مستأجر به منظور آماده نمودن محل مزبور از حیث قفسه‌بندی و تهیه اشیاء مورد لزوم و سایر تزیینات داخلی متحمل گردیده است.

٦. نوع کسب و پیشه یا تجارت مستأجر.

ولی، در قانون ۱۳۵۶ این عوامل نیامد و مادهٔ ۱۸ میزان آن را به آئین‌نامه‌ای موکول کرد که وزارتخانه‌های دادگستری و مسکن و شهرسازی تهیه می‌کنند و به تصویب کمیسیونهای مربوط به دو مجلس می‌رسد. این آئین‌نامه تدوین و تصویب نشد و رویهٔ قضایی از کارشناسان رسمی و بر مبنای عرف استفاده می‌کنند و در عمل به همان عوامل مادهٔ ۱۱ سابق نظر دارند.

در هر حال، حق سرقفلی از عناصر مختلفی تشکیل می‌شود، که بعضی منقول و بعض دیگر غیرمنقول است. برای مثال، پولی که تاجر در برابر فعالیت و حسن شهرت خود می‌گیرد، بیگمان ناشی از یک حق منقول است، و حقی که او بر محل مورد اجاره دارد باید غیرمنقول دانسته شود. پس، تشخیص نوع این حق مختلط به آسانی امکان ندارد، و باید دید تابع کدامیک از عناصر تشکیل‌دهندهٔ آن است و کدام عنصر وصف جوهری و اساسی دارد.

رویهٔ قضایی هنوز در این باره تصمیم نگرفته است. ممکن است استدلال شود که، عنصر اساسی حق کسب و پیشه یا تجارت، حفظ مشتریان تاجر و در نتیجه حقی است که وی در اثر کار و فعالیت و امانت خود به‌دست آورده، و سایر عناصر از توابع و ملحقات این حق اصلی است. پس، موضوع سرقفلی یک مال غیرمادی منقول است؛ و اصل حق نیز به تابعیت از آن باید منقول به حساب آید.

ولی این استدلال را، با توجه به ماهیتی که حق سرقفلی در حقوق ما دارد، به دشواری می‌توان پذیرفت. درست است که برای تشخیص میزان حق کسب یا پیشه یا تجارت، کارشناس باید به طرز کار و حسن شهرت تاجر نیز توجه داشته باشد. ولی، این موضوع نمی‌تواند تغییری در ماهیت سرقفلی بدهد و آن را به صورت یک حق منقول در آورد. هدف اصلی از وضع مقررات قانون روابط موجر و مستأجر، شناسایی حق تقدم در اجاره برای کسی است که ابتداء

ملکی را به عنوان مستأجر، محل کسب خود قرار داده است. بنابراین، صفت مشخص و عنصر اساسی سرقفلی، حق تقدم در اجاره و مالکیت منافع عین مستأجره در برابر اجاره‌بهای ثابتی است که طرفین بر آن تراضی نموده‌اند، و از این لحاظ شباهت کامل با حقوق پیش‌بینی شده در مادهٔ ۱۸ قانون مدنی دارد. وانگهی، در سایر مواد قانون نیز قرائنی وجود دارد که این استنباط را تأیید می‌کند:

۱. به‌موجب مستفاد از مادهٔ ۱۹ و به ویژه تبصرهٔ ۲ آن، حق سرقفلی (کسب و پیشه یا تجارت) از مال غیرمنقول و موضوع اجاره قابل انفکاک نیست، و تنها با واگذاری اجارهٔ محل قابل انتقال است: یعنی مستأجر نمی‌تواند خود در محلی بنشیند و سرقفلی آن را نیز انتقال دهد.

۲. به‌موجب تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۱۹، انتقال حق کسب یا پیشه یا تجارت فقط با تنظیم سند رسمی امکان دارد، در حالی که می‌دانیم انتقال اموال منقول اصولاً نیازی به تنظیم سند رسمی ندارد و این الزام ویژهٔ انتقال املاک است (مواد ۲۲ و ۴۶ تا ۴۸ ق.ث.). پس، این احتمال تقویت می‌شود که قانونگذار سرقفلی را نیز در حکم حقوق و منافع مربوط به املاک آورده است.

مبحث دوم: تقسیم اموال به اعتبار اختصاص آنها

اموالی که مالک خاص ندارد

٦٢. مال بدون مالک:

به‌طور معمول، قانون به اشیایی می‌پردازد که موضوع حق مالکیت قرار گرفته است و گفته شد که مال، به معنی خاص خود، تنها بر این دسته از اموال گفته می‌شود. ولی، در عالم خارج بسیاری چیزها وجود دارد که هنوز متعلق به کسی نیست و ناگزیر علم حقوق باید وضع آنها را روشن سازد. زیرا، از یک‌سو بسیاری از مصداقهای این دسته قابل تملک است و بتدریج نیز در زمرهٔ سایر اموال در می‌آید و حقوق ناچار است که شرایط تملک آنها را معین کند، و از سوی دیگر، قانون پاره‌ای از این اشیاء را ملک عموم قرار داده و باید طرز استفادهٔ مشترک از آنها را روشن سازد. به عنوان مثال، زمینهای موات و اموال مجهول‌المالک و مباحات مالک ندارد. ولی، چون در شرایط خاصی به اشخاص تعلق می‌یابد، ناچار قانون مقررات ویژه‌ای برای حیازت و تملک آنها تعیین کرده است؛

یا برای استفاده از دریاها و رودخانه‌ها و هوا و معابر و سایر مشترکات عمومی، قوانین و مقررات گوناگون وضع شده است.

از گروه اخیر، اموالی راکه، به‌خاطر حفظ حقوق عموم، دولت و مؤسسه‌های عمومی اداره می‌کنند، مشترکات عمومی می‌نامند و قانون مدنی نیز در فصل سوم از این اموال نام می‌برد.

۶۳. تقسیم مبحث:

اموالی راکه مالک خاص ندارد، می‌توان به سه دستهٔ اصلی تقسیم کرد:

۱. مشترکات عمومی؛

۲. مباحات؛

۳. مجهول‌المالک.

پس مبحث دوم را در سه گفتار جداگانه مورد مطالعه قرار می‌دهیم:

گفتار نخست ـ اموال و مشترکات عمومی

الف. قواعد عمومی

۶۴. اموال عمومی و اموال دولتی:

دولت، برای انجام خدمات عمومی و اجرای وظایف خود، اموال گوناگونی در اختیار دارد و، به تناسب موارد، از هر یک استفادهٔ خاصی می‌کند.

اموال دولتی به معنی عام را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد، و این تقسیم در اموال شهرداری‌ها بخوبی روشن است:

۱. اموالی که ملک دولت است: مؤسسات عمومی حق مالکیتی مانند سایر اشخاص بر این اموال دارند. با اینکه قوانین تصرفات دولت را در این اشیاء نیز تا اندازه‌ای محدود کرده است، ولی حق دولت بر اموال دولتی به معنی خاص شبیه حق مالکیت افراد بر سایر اموال است.

۲. اموال و مشترکات عمومی، که برای استفادهٔ مستقیم تمام مردم آماده است، یا

اختصاص به حفظ مصالح عمومی داده شده و دولت، تنها از جهت ولایتی که بر عموم دارد، می‌تواند آن را اداره کند: مانند پلها، موزه‌ها و معابر عمومی. در واقع، تنها این دسته از اشیاء دارای مالک خاص نیست و سایر اموال دولتی مالک معین دارد. برای مثال، کشتیهای تجارتی، اموالی که دولتها اختصاص به تشکیل بانکها و شرکتهای خصوصی داده‌اند، و ترکهٔ بدون وارث، و جنگلها و زمینهای موات اطراف شهر، مال دولت محسوب می‌شود.

٦۵. ضابطهٔ تشخیص:

طرز تشخیص اموال و مشترکات عمومی و تمیز آنها از سایر اموال دولتی، از مباحث مهم حقوق اداری است. ولی، چون در حقوق مدنی نیز این گونه اموال به لحاظ حق اشخاص مورد گفتگو است، بیان اجمالی قواعدی که در این باب پیشنهاد شده است، مفید به‌نظر می‌رسد.

پاره‌ای از نویسندگان، اموالی را در شمار مشترکات عمومی آورده‌اند که طبیعت آنها اقتضاء دارد که به ملکیت خصوصی در نیاید و مورد استفادهٔ مردم قرار گیرد: مانند ساحل دریا و رودخانه‌های قابل کشتیرانی. بعض دیگر معیار را مصرفی قرار داده‌اند که دولت برای این گونه اموال معین کرده است: می‌گویند باید دید اموال دولتی به چه منظور مورد بهره‌برداری قرار می‌گیرد و به تناسب این منظور نوع مال را تشخیص داد.

برای توجیه نظر اخیر، که مورد تأیید بسیاری از نظریه‌پردازان بزرگ حقوق عمومی، واقع شده است،[1] باید گفت که اموال عمومی به دو صورت مورد استفاده قرار می‌گیرد:

۱. پاره‌ای از آنها به‌طور مستقیم و بی‌واسطه در دسترس عموم قرار گرفته است و هرکس، با رعایت نظامات مخصوص، می‌تواند استفادهٔ مطلوب را بکند: مانند پلها، باغها، کاروانسراها و راههای عمومی. منتها دولت، از نظر اختیاری که در ادارهٔ مشترکات دارد، می‌تواند امتیاز بهره‌برداری از این اموال را برای مدت محدودی به شخص معین واگذار کند.

۲. دستهٔ دیگر به یکی از خدمات عمومی اختصاص یافته است، و تنها بنگاه خاصی

---

۱. هوریو، حقوق اداری، ص ۸۰۴ ـ دوگی، حقوق اساسی، ج ۳، ص ۴۶۹۵.

حق دارد از آن بهره‌برداری کند: مانند راه‌آهن و سیمهای تلفن و تلگراف، که از مشترکات عمومی است و به سود عموم مورد استفاده قرار می‌گیرد.

پس، تمام اموالی که، به‌طور مستقیم یا باواسطه، از طرف دولت برای رفع نیازمندیهای عمومی اختصاص داده شده از اموال عمومی است و سایر اموال دولتی ملک دولت محسوب می‌شد. از مفاد مواد ۲۴ تا ۲۷ قانون مدنی نیز چنین برمی‌آید که از همین قاعده پیروی شده است.

٦٦. فایدهٔ این تشخیص:

قانون مدنی به تفصیل تفاوت احکام مربوط به اموال عمومی و دولتی را بیان نکرده و فقط دستهٔ نخست را قابل تملک خصوصی ندانسته است. در حقوق عمومی ما نیز هنوز رویهٔ خاصی ایجاد نشده است؛ ولی از قابل تملک نبودن اموال عمومی ممکن است این نتایج را استنباط کرد:

۱. دولت نمی‌تواند اموال و مشترکات عمومی را انتقال دهد، مگر اینکه قانون خاصی آن را اجازه دهد، زیرا امکان انتقال به اشخاص با قابل تملک نبودن آنها منافات دارد.

۲. اموال عمومی به سود طلبکاران دولت قابل توقیف نیست. زیرا بازداشت مالی که قابل تملک خصوصی نیست کاری بیهوده است؛ مقدمه‌ای بی‌نتیجه و بی‌هدف است. دولتها با وضع قوانین می‌کوشند تا از بازداشت سایر اموال دولتی جلوگیری کنند و رویهٔ قضایی نیز برای حفظ نظم مالی دولت به این نتیجه تمایل دارد، ولی عدم امکان بازداشت اموال عمومی به هدف انتفاع و وصف انتقال‌ناپذیری آنها باز می‌گردد.

۳. در مشترکات عمومی مرور زمان جاری نیست و اشخاص نمی‌توانند، به بهانهٔ تصرف مستمر خود، آنها را به‌طور غیرمستقیم تملک کنند. ولی، در سایر اموال دولت مرور زمان جاری می‌شود (مادهٔ ۳ قانون راجع‌به دعاوی بین اشخاص و دولت مصوب ۱۲ آبان ۱۳۰۹).

٦٧. ماهیت حق دولت بر اموال عمومی:

دربارهٔ ماهیت حق دولت بر مشترکات دو نظر مختلف ابراز شده است:

۱. بیشتر نویسندگان کنونی عقیده دارند که حق دولت نوعی مالکیت محدود است که

باید در حدود قوانین اعمال شود، و هوریو آن را «*مالکیت اداری*» نامیده است.

بر طبق این نظر، آنچه از اموال دولتی که به خدمت عمومی اختصاص یافته در زمرهٔ اموال عمومی است و دیگر اموال ملک خصوصی دولت است.[۱]

۲. جمع دیگر حق مؤسسات عمومی را با مالکیت مانند نکرده‌اند و می‌گویند این حق امتیاز اداره و نگهداری از اشیایی است که مالیت ندارد و از نظر اقتصادی قابل مبادله نیست.

ولی، باید دانست که تفاوت این دو نظر بیشتر از جهت علمی است و فایدهٔ عملی مهمی ندارد. زیرا گروه نخست قبول دارند که مالکیت دولت بسیار محدود است و با مالکیتهای خصوصی تفاوت فراوان دارد؛ و گروه دوم نیز پذیرفته‌اند که دولت در اداره و نظارت خود از پاره‌ای امتیازهای حق مالکیت برخوردار است و مثلاً، مانند سایر مالکان، می‌تواند از منافع مال عمومی استفاده کند و آن را در دست هر کس بیابد مطالبه نماید و امتیاز بهره‌برداری از آن را به‌طور محدود و در مقابل مالی به اشخاص واگذار کند.

ب. انواع مشترکات

قانون مدنی در مواد ۲۴ و ۲۵ و ۲۶ پاره‌ای از اموال عمومی را، که دارای اهمیت خاص بوده، شمرده است. این اموال عبارتند از:

٦٨. راه عمومی:

در قانون مدنی، یکی از مشترکات عمومی «*طرق و شوارع عامه وکوچه‌هایی است که آخر آنها* مسدود نیست». این گونه راهها، بر فرض هم که در زمینهای مالکان مجاور احداث شود، در حقیقت به عموم واگذار شده است و دیگر صاحبان آن املاک حق ندارند، به این استناد که زمین کوچه در اصل به ایشان تعلق داشته است، با توافق یکدیگر آن را از بین ببرند. پس، اگر قطعه زمین بزرگی به چند قطعهٔ کوچک‌تر تقسیم و فروخته

---

۱. مازو و شاباس، دروس حقوق مدنی، ج ۱ (مقدمه)، ش ۲۱۶ ـ ویل، حقوق مدنی، اموال، ش ۲۲۸ ـ ظاهر جملهٔ آغازین مادهٔ ۲۶ ق.م. که اعلام می‌کند: «*اموال دولتی که معد است برای مصالح یا انتفاعات عمومی*...» با این نظر موافق است.

شود و مالک ناچار گردد که برای دستیابی به معبر عموم چند کوچهٔ فرعی به راهروی عمومی بدهد، با احداث کوچه‌های محل رهگذر عمومی زمین آن به عموم واگذار شده است و مالک اصلی یا مالکان قطعه‌های فرعی هیچ حق اختصاصی در آنها ندارند و نیز نمی‌توانند کوچه‌ها را مسدود سازند یا به ملک خود ملحق سازند.

ولی در مورد کوچه‌هایی که آخر آنها مسدود است، چون استفاده از راه عبور مخصوص خانه‌های مجاور است، صاحبان این املاک می‌توانند با موافقت هم کوچه را به هر صورت که بخواهند در آورند، یا آن را بکلی جزو املاک خود کنند. به طریق اولی، اگر کوچهٔ بن‌بست در ملک یک نفر احداث شده باشد، او حق دارد، هر گاه وجود کوچه را ضروری نداند، آن را از نو تصرف کند.

٦٩. اموال مورد استفادهٔ عموم:

اموالی که مورد استفادهٔ عموم است و مالک خاص ندارد: مانند پلها و کاروانسراها و آب انبارهای عمومی و مدارس قدیمه و مساجد و میدانگاههای عمومی و قنوات و چاههایی که مورد استفادهٔ عموم است. استفاده از این اموال نیز نباید به انحصار صورت پذیرد و از این حیث با راههای عمومی تفاوت ندارد.

ولی باید دانست که انتفاع از این اموال، برای کسانی که زودتر شروع به بهره‌برداری کرده‌اند، حق تقدمی ایجاد می‌کند که سایرین را ممنوع از مداخله و ایجاد مزاحمت برای آنان می‌سازد.[1] به عنوان مثال، اگر مدرسه‌ای مخصوص سکونت دانشجویان باشد و یکی از اینان اتاقی از مدرسه را برای سکونت تصرف کند، تازه واردی که قصد تحصیل در آن مدرسه را دارد، نمی‌تواند به این استناد که اتاقهای مدرسه مال عموم است، دانشجوی سابق را از محل خود بیرون کند، یا اگر فضای اتاق مناسب نیست، با ورود خود مزاحم تصرف او شود (مستفاد از مادهٔ ۱۴۲ ق.م.).

همچنین است وضع کسی که بر صندلی پارک عمومی نشسته یا مسافری که در کاروانسرای عمومی اقامت کرده است. در واقع، حق تقدم استفاده کننده رنگی از

---

۱. محقق، شرایع، ص ۷۵۹ : «*و اما المسجد، فمن سبق الی مکان منه، فهو احق به مادام جالساً...*» ـ همچنین، رک. همان کتاب، ص ۷۹۶: «*اما المدارس و الربط، فمن سکن بیتاً ممن له السکنی فهو احق به...*».

انحصار دارد و وضع او را همانند کسی می‌کند که حق انتفاع موقت از عینی را داراست.

۷۰. اموال اختصاص یافته به خدمت عمومی :

در قانون مدنی می‌خوانیم:

«*اموال دولتی که معد است برای مصالح یا انتفاعات عمومی: مثل استحکامات و قلاع و خندقها و خاکریزهای نظامی و قورخانه و اسلحه و ذخیره و سفاین جنگی، و همچنین اثاثیه و ابنیهٔ سلطنتی و عمارات دولتی و موزه‌ها و کتابخانه‌های عمومی و آثار تاریخی و امثال آنها، بالجمله آنچه از اموال منقوله و غیرمنقوله که دولت، به عنوان مصالح عمومی و منافع ملی، درتحت تصرف دارد*» (مادهٔ ۲۶).

بخش اخیر ماده معیار تمیز اموال عمومی را از سایر اموال دولتی به دست می‌دهد و در تعریف آن اعلام می‌کند: «*آنچه از اموال منقوله و غیرمنقوله که دولت، به عنوان مصالح عمومی و منافع ملی، در تحت تصرف دارد*».

از همین گونه است اموالی که موافق مصالح عمومی به ایالت یا ولایت یا ناحیه یا شهری اختصاص یافته باشد (مادهٔ ۲۶)، مانند گورستان و چراگاههای عمومی منطقهٔ خاص.

۷۱. بستر رودخانه‌ها و جنگلها:

«*بستر آبهای طبیعی و رودخانه‌ها، اعم از اینکه آب دائم یا فصلی داشته باشند، و ساحل دریاها و دریاچه‌ها*». به موجب مادهٔ ۲ قانون توزیع عادلانهٔ آب مصوب ۱۳۶۱ این زمینها متعلق به دولت است و وزارت نیرو آن را اداره می‌کند. ولی، باید دانست که این‌گونه زمینها، به دلیل طبیعت خاص و مصرفی که دولت برای آن معین کرده، از اموال عمومی است. پهنای بستر رودخانه‌ها تا حدی جزو اموال عمومی است که مسیر رودخانه یا نهر را در حداکثر طغیان معمولی نشان دهد و همچنین است ساحل دریاها و دریاچه‌ها طبق قانون اراضی ساحلی مصوب ۴۶/۵/۲۵.[1]

---

۱. به‌موجب مادهٔ ۳ این قانون: «حریم دریای خزر شصت متر از آخرین نقطهٔ مد خواهد بود و مشمول مادهٔ ۲۴ قانون مدنی است، ولو اینکه متصرفین این قبیل اراضی اسناد مالکیت در دست داشته باشند، ولی استفاده از حریم مزبور برای ایجاد تأسیسات بندری و گمرکی و نظامی و تأسیسات شرکت سهامی شیلات و سایر ←

بر این دسته از اموال عمومی، که در واقع نمونهٔ دیگر در اموال مندرج در بند سوم است، باید جنگلهای طبیعی و آبهای کشور را نیز افزود.

گفتار دوم ـ مباحات

الف. مفاهیم

۷۲. تعریف مباح:

به‌موجب مادهٔ ۲۷ قانون مدنی: «*اموالی که ملک اشخاص نمی‌باشد و افراد مردم می‌توانند آنها را، مطابق مقررات مندرجه در این قانون و قوانین مخصوصهٔ مربوط به هر یک از اقسام مختلفهٔ آنها، تملک کرده و یا از آنها استفاده کنند، مباحات نامیده می‌شود: مثل اراضی موات، یعنی زمینهایی که معطل افتاده و آبادی وکشت و زرع در آنها نباشد.*»

این تعریف روشن است و از مفاد آن دو رکن اصلی در مال مباح استفاده می‌شود: ۱) نداشتن مالک؛ ۲) امکان تملک یا انتفاع از آنها بر طبق قانون. بر طبق اصل ۴۵ قانون اساسی: «*انفال و ثروتهای عمومی، از قبیل زمینهای موات یا رها شده، معادن، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آبهای عمومی، کوهها، دره‌ها، جنگلها، نیزارها، بیشه‌های طبیعی، مراتعی که حریم نیست، ارث بدون وارث و اموال مجهول‌المالک و اموال عمومی که از غاصبین مسترد می‌شود، در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آنها عمل نماید، تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند*». پس، هیچ یک از این اموال را دیگر نباید در زمرهٔ مباحات و قابل تملک خصوصی شمرد.

۷۳. عمل حقوقی «حیازت»:

اموال مباح را به وسیلهٔ حیازت می‌توان تملک کرد. مادهٔ ۱۴۶ قانون مدنی در تعریف حیازت می‌گوید: «*مقصود از حیازت تصرف و وضع ید است، با مهیا کردن وسائل تصرف*

← تأسیسات ضروری دولتی، که جنبهٔ اختصاصی نداشته و مورد استفادهٔ عموم قرار بگیرد، طبق آئین‌نامهٔ اجرایی این قانون مجاز می‌باشد.»

و استیلاء».

حیازت مباحات به تناسب انواع آن متفاوت است : برای مثال، حیازت زمین موات ملازمه با احیاء آن دارد و باید در اثر کارهایی که در عرف مردم آباد کردن محسوب است، برای زراعت یا درختکاری یا ساختن بنا قابل استفاده شود (مادهٔ ۱۴۱ ق.م.). ولی، حیازت آب رودخانه‌ها و ماهی‌ها به تصرف مادی این اشیاء است. حیازت دفینه به کشف آن، و حیازت حیوانات وحشی با شکار کردن آن.

«حیازت مباح» عمل حقوقی است[1] و در صورتی سبب تملک می‌شود که به این قصد انجام شود (مادهٔ ۱۴۳ ق.م.). بنابراین، اگر افراد قبیله‌ای برای اقامت چند هفتهٔ خود زمینی را مسطح و آباد سازند و وسائل تصرف در آب مباحی را فراهم سازند، چون قصد تملک ندارند، مالک آن زمین یا آب نخواهند شد. همچنین است تصرف نظامیانی که برای ایجاد اردوی موقت در زمینی انجام می‌شود.

بدین ترتیب، حیازت دارای دو رکن مادی و معنوی است:

۱.رکن مادی حیازت به یکی از این دو امر تحقق می‌پذیرد:

۱) تصرف و وضع ید یا استیلای بر مال با امکان تصرف و انتفاع؛

۲) مهیا کردن وسائل تصرف و استیلاء.

۲. رکن معنوی به قصد تملک است، خواه از سوی شخص متصرف انجام شود یا از سوی کسی که او را مأمور به تصرف و احیاء کرده است.[2]

ب. انواع

۷۴. انواع مباحات:

قانون مدنی در بخش اول از اسباب تملک، حیازت مباحات را در شش باب به ترتیب زیر مطرح ساخته است:

باب اول ـ در احیاء اراضی موات و مباحه.

---

۱. برای دیدن مفهوم عمل حقوقی و تفاوت آن با سایر وقایع حقوقی، رک. مقدمهٔ علم حقوق، ش ۲۶۳.

۲. در این باره باز هم هنگام بحث دربارهٔ اسباب تملک سخن خواهیم گفت: ش ۱۶۵ به بعد.

باب دوم- در حیازت مباحات (آبهای مباح).
باب سوم - در معادن.
باب چهارم - در اشیاء پیدا شده و حیوانات ضاله.
باب پنجم - در دفینه.
باب ششم - در شکار.

بنابراین، مباحات را به شش گروه می‌توان تقسیم کرد. ولی چون اشیاء پیدا شده و حیوانات ضاله از اموال مجهول‌المالک است و نباید در زمرهٔ مباحات قرار گیرد، پنج قسم دیگر را به اختصار و تا آنجا که به نوع مال ارتباط دارد، مورد مطالعه قرار می‌دهیم و تفصیل بحث را در دو باب نخست به *«اسباب تملک»* وا می‌گذاریم.

۷۵. اراضی موات:

به‌موجب مستفاد از مادهٔ ۲۸ قانون مدنی، زمینهای بدون مالکی که معطل افتاده و آبادی و کشت و زرع در آنها نباشد، اراضی موات نامیده می‌شود. از این تعریف چنین برمی‌آید که، زمینی مباح و موات است، که دارای دو شرط زیر باشد:

۱. مالک خاص نداشته باشد: پس، اگر زمینی که ملک اشخاص است، به سبب اهمال مالکان آباد نباشد، در اصطلاح زمین موات و مباحه نامیده نمی‌شود. چنین زمینی را *«بایر»* می‌نامند و احیاء آن از موجبات تملک نیست.

۲. آبادی و کشت و زرع در آن نباشد: آبادی زمین، به تناسب انتفاعی که از آن برده می‌شود، متفاوت است. ولی در عرف زمینی را که در آن درختکاری و زراعت و ساختمان باشد آباد می‌گویند. زمین آباد معمولاً دارای مالک خاص است، مگر اینکه در اثر اعراض مالک یا جهات دیگر، مجهول‌المالک باشد.

هر کس زمین موات را به قصد تملک آباد کند مالک آنست. ولی، انجام دادن کارهایی که مقدمهٔ احیاء است، تا زمانی که به نتیجه نرسیده و زمین را آباد نساخته است، سبب تملک نمی‌شود و تنها برای کسی که شروع به احیاء کرده است، حق اولویت و تقدم ایجاد می‌کند. این کارهای مقدماتی را در اصطلاح «تحجیر» می‌نامند: مانند سنگ چیدن اطراف زمین، یا کندن چاه و نهر به قصد احیاء زمین (مادهٔ ۱۴۲ ق.م.).

به‌منظور حفظ مصالح عمومی و جلوگیری از خرید و فروش غیرعادی زمینهای

موات، ممکن است، به‌موجب قوانین خاص، مقداری از این اراضی ملک دولت محسوب شود، چنان‌که به‌موجب لایحهٔ قانونی ثبت اراضی موات اطراف تهران مصوب ۱۶ مرداد ۱۳۳۴، تقاضای ثبت اراضی بائر بدون مالک و موات اطراف شهر تهران، از تاریخ ۳۱/۵/۲۸ فقط از بانک ساختمانی[1] پذیرفته می‌شود، و هیچ کس نمی‌تواند به‌عنوان احیاء اراضی تقاضای ثبت کند. و این قاعده رفته رفته به غالب شهرستانهای مهم ایران سرایت داده شده است.

به موجب مادهٔ ۶ قانون اصلاحات ارضی نیز، زمینهای بایر و موات در روستاها بین زارعین تقسیم می‌شود، و بر نحوهٔ تملک آنها قانون حکومت می‌کند نه حق تقدم در احیاء.

همچنین مادهٔ ۴ قانون راجع به الحاق ۸ ماده به آئین‌نامهٔ اصلاحات ارضی مصوب خرداد ماه ۴۶، به سازمان اصلاحات ارضی اجازه داده که اراضی موات را، به منظور اجرای برنامه‌های عمرانی، با تصویب دولت در اختیار مؤسسات دولتی قرار دهد. قوانین مربوط به سازمان زمین شهری نیز تخصیص مهمی به قواعد مربوط به احیاء اراضی است که در اسباب تملک از آن بحث می‌شود.

۷۶. آبهای مباح:

آب دریا ورودخانه‌ها و باران از مشترکات عمومی و در زمرهٔ اموالی است که بهره‌برداری از آنها برای عموم امکان دارد. مطابق قاعدهٔ کلی، برای تملک آب مباح باید آن را حیازت کرد. حیازت آبهای روی زمین با کندن مجری و نهر و وصل آن به رودخانه و دریا واقع می‌شود، و حیازت آبهای زیرزمین با حفر چاه و قنات ممکن است.

مادهٔ ۱۴۹ قانون مدنی در این خصوص می‌گوید: «*هرگاه کسی به قصد حیازت میاه مباحه، نهر یا مجرایی احداث کند، آب مباحی که در نهر یا مجرای مزبور وارد شود، ملک صاحب مجری است، و بدون اذن مالک نمی‌توان نهری جدا کرد یا زمینی را مشروب نمود*» و مادهٔ ۱۶ مقرر می‌دارد: «*هرکس در زمین خود یا در اراضی مباحه به قصد تملک قنات یا چاهی بکند تا به آب برسد، یا چشمه جاری کند، مالک آب آن می‌شود...*».

---

۱. وظایف بانک ساختمانی را وزارت مسکن و شهرسازی انجام می‌دهد.

بنابراین، پس از ورود آب مباح در نهر یا مجری یا قنات، آب حیازت شده به مالک آنها تعلق پیدا می‌کند، و دیگر از مشترکات عمومی و مباحات نیست.

طرز تقسیم آبهای مباح و رعایت حق تقدم مالکین، در مواد ۱۵۰ به بعد قانون مدنی تشریح شده، و جزئیات آن باید در باب اسباب تملک مورد مطالعه قرار گیرد.

همان‌طور که اشاره شد، حیازت آبهای مباح در حقوق کنونی به صورت گذشته باقی نمانده است. به موجب قانون حفظ و حراست منابع آبهای زیرزمینی کشور، مصوب دهم خرداد ۴۵، حفر چاه و قنات زیر نظارت وزارت آب و برق قرار گرفت و مواد ۲ و ۳ این قانون به دولت اجازه داد، در هر جا که مصلحت می‌بیند، کندن چاه و قنات را ممنوع یا موکول به اذن خود کند. قانون آب و نحوهٔ ملی شدن آن، مصوب ۴۷/۵/۷ از این هم پیش‌تر رفت و در مادهٔ ۱ اعلام داشت: «*کلیهٔ آبهای جاری در رودخانه‌ها و انهار طبیعی و دره‌ها و جویبارها و هر مسیر طبیعی دیگر، اعم از سطحی و زیرزمینی، همچنین سیلابها و فاضل آبها و زه‌آبها و دریاچه‌ها و مردابها و برکه‌های طبیعی و چشمه‌سارها و آبهای معدنی ومنابع آبهای زیرزمینی ثروت ملی محسوب و متعلق به عموم است و مسؤولیت حفظ و بهره‌برداری این ثروت ملی و احداث و ادارهٔ تأسیسات توسعهٔ منابع آب به وزارت آب و برق محول می‌شود.*»

با این ترتیب، آبهای مباح به صورت یکی از اموال عمومی از طرف دولت اداره می‌شود: در میزان حقابه‌ها تجدیدنظر می‌کند و پروانه مصرف را، چنان‌که خود او مفید و عادلانه می‌بیند، صادر می‌کند. جز در مورد چاههایی که در خانه‌ها برای مصرف شرب و بهداشتی و باغچه تا ظرفیت ۲۵ متر مکعب آبدهی در شبانه روز کنده می‌شود، حفر هرگونه چاه و قنات باید با صدور پروانهٔ وزارت آب و برق باشد و بر چگونگی استفاده از چاهها نیز دولت نظارت دارد. منتها، این قانون بتدریج و متناسب با امکانات مالی و فنی و برنامه‌های عمرانی آگهی و اجراء خواهد شد، و تشخیص تاریخ اجرای آن به عهدهٔ وزارت آب و برق (نیرو) است. (مادهٔ ۶۲)

۷۷. دو قاعدهٔ تساوی و قرعه:

۱. قاعدهٔ تساوی: مطابق مادهٔ ۱۵۳ قانون مدنی: «*هرگاه نهری مشترک مابین جماعتی باشد، و در مقدار نصیب هر یک از آنها اختلاف شود، حکم به تساوی نصیب آنها*

می‌شود، مگر اینکه *دلیلی بر زیادتی نصیب بعضی از آنها موجود باشد.»* و چون خصوصیتی در نهر مشترک وجود ندارد تا حکم به تساوی را اقتضاء کند، به‌طور کلی می‌توان گفت، هرگاه دو یا چند نفر مالک مال یا متعهد بر انجام امری باشند، در صورتی که حدود مالکیت یا تعهد هر یک معین نباشد، حکم به تساوی داده می‌شود.

از این قاعده در بسیاری از اختلافها استفاده می‌شود و یکی از اصول عملی مهم است: برای مثال، در فرضی که سفته از سوی دو صادرکننده تنظیم شده و سهم هر کدام روشن نیست، اصل برابری تعهد آنها است. حتی، در موردی که دو یا چند سبب خسارتی را به بار آورده‌اند، حکم به تساوی مسؤولیت آنان می‌شود.

۲. قاعدهٔ قرعه: به‌موجب مادهٔ ۱۵۷ : *«هرگاه دو زمین در دو طرف نهر محاذی هم واقع شوند و حق تقدم یکی بر دیگری محرز نباشد، و هر دو در یک زمان بخواهند آب ببرند، و آب کافی برای هر دو نباشد، باید برای حق تقدم و تأخر در بردن آب به نسبت حصه قرعه زد، و اگر آب کافی برای هر دو باشد به نسبت حصه تقسیم می‌کنند.»* از این ماده نیز چنین استنباط می‌شود، که هرگاه در تشخیص حق مورد نزاع به‌وسیلهٔ هیچ یک از قواعد حقوقی و عقلی و عرفی نتوان راه‌حلی پیدا کرد، آخرین علاج برای فصل خصومت توسل به قرعه است. تمسک به قرعه باید به‌طور محدود و استثنایی انجام شود، ولی اگر هیچ جهت رجحانی در استفاده از حق برای صاحبان آن پیدا نشود، استفاده از این وسیله با روح قانون موافق است. (القرعة لکن امر مشکل).

۷۸. معادن:

از نظر قانون مدنی، اگر معدنی در اراضی موات و مباحه یافت شود، ملک کسی است که آن را حیازت کرده است، و به این اعتبار می‌توان معادن را در پاره‌ای موارد از مباحات دانست. ولی، با تصویب قانون معادن این وضع دگرگون شده است، و در حقوق کنونی هیچ یک از معادن را نباید در شمار اموال مباح آورد.

در قانون معادن مصوب ۲۸ اردیبهشت ماه ۱۳۳۶، مواد معدنی به سه طبقهٔ زیر تقسیم شده است:

طبقهٔ اول: مواد معدنی که معمولاً به مصرف ساختمانی و صنایع مربوط به آن می‌رسد: مانند سنگ گچ و سنگ آهک و سنگ مرمر و خاک رس و ماسه و امثال اینها.

طبقهٔ دوم: ۱. مواد معدنی فلزی ـ مانند آهن و مس و سرب؛
۲. سوختهای جامد، نظیر زغال سنگ؛
۳. آبهای معدنی و نمک طعام و نیتراتها و فسفاتها؛
٤. خاک سرخ و گوگرد و پنبهٔ نسوز و گرافیت و امثال اینها؛
۵. سنگهای قیمتی، مانند الماس و زمرد و یاقوت و امثال آن.

طبقهٔ سوم: کلیهٔ مواد نفتی ـ قیر ـ گازهای طبیعی و مواد رادیواکتیو: مانند رادیوم، اورانیوم، و کلیهٔ مواردی که جهت استفادهٔ نیروی اتمی به‌کار می‌رود (مادهٔ اول قانون).

معادن طبقهٔ اول در هر ملکی واقع باشد متعلق به صاحب آنست، جز اینکه بهره‌برداری باید با اجازهٔ ادارهٔ کل معادن انجام شود. معادن واقع در اراضی که مالک خاص ندارد، متعلق به دولت است. اکتشاف و بهره‌برداری از معادن طبقهٔ دوم یا به‌طور مستقیم توسط دولت انجام می‌شود، یا به‌موجب پروانه به اشخاص و مؤسسات واگذار می‌گردد. معادن طبقهٔ سوم نیز متعلق به دولت است، و ملکی که معدن در آن واقع شده یا برای استخراج آن مورد نیاز است، به دولت فروخته خواهد شد (مادهٔ دوم).

پس، معادن واقع در اراضی موات و مباحه ملک دولت است، و سایر معادن نیز، یا طبق مادهٔ ۱۶۱ قانون مدنی به تبع زمین مال اشخاص است، یا به دلیل اهمیتی که دارد از اموال دولت محسوب می‌شود. از طرفی، چون معادن را نمی‌توان از اموال عمومی و مشترکات دانست، باید پذیرفت که در حال حاضر معدن همیشه دارای مالک خاص و معین است.

۷۹. دفینه:

مادهٔ ۱۷۳ قانون مدنی در تعریف دفینه می‌گوید «*دفینه مالی است که در زمین یا بنایی دفن شده و بر حسب اتفاق و تصادف پیدا شود*». ولی این تعریف کامل به‌نظر نمی‌رسد، زیرا مال مدفون در صورتی از مباحات محسوب می‌شود که مالک خاص نداشته باشد. اگر شخصی، برای حفظ اموال قیمتی خود و جلوگیری از دستبرد دیگران، اموالی را در زمین یا بنا دفن کند و دیگری آن را بیابد، چنین مالی دفینه محسوب نمی‌شود. قانون مدنی در این باره می‌گوید: «*دفینه‌ای که مالک آن معلوم نباشد، ملک کسی است که آن را پیدا کرده است.*» (مادهٔ ۱۷۴).

منتها، در این گونه موارد، شخصی که ادعای مالکیت دفینه را می‌کند، هرچند که مال در زمین یا بنای متعلق به او کشف شده باشد، باید ادعای خود را در برابر کسی که مال را پیدا کرده است اثبات کند (مستفاد از مادهٔ ۱۷۵ قانون مدنی).

از قید پایان مادهٔ ۱۷۳ نباید استفاده کرد که مال مدفون باید در اثر اتفاق و تصادف پیدا شده باشد، تا دفینه به حساب آید. هر مالی که در زمین یا بناء دفن شده باشد و کسی هم نتواند مالکیت خود را بر آن اثبات کند، به کاشف آن تعلق دارد و چگونگی پیدا کردن دفینه فقط در تشخیص مالک آن مؤثر است: بدین توضیح که: ۱) هرگاه اشخاصی به حساب و فرمان دیگری به کاری مشغول باشند و ضمن انجام وظایف خود به دفینه‌ای برخورد کنند، یابندهٔ دفینه مالک آنست؛ ۲) برعکس، اگر وظیفهٔ کارگران جستجوی دفینه‌ای باشد و بر حسب پیش‌بینی کارفرما به حفاری در زمین مشغول گردند، اموالی که پیدا می‌کنند ملک آنان نیست، و چون در اثر تصادف و اتفاق پیدا نشده، به کسی که قصد حیازت آن را داشته است تعلق دارد.

جواهری که از دریا استخراج می‌شود، و آنچه که آب به ساحل می‌اندازد، و همچنین اموالی که در دریا غرق شده و مالک از آن اعراض کرده، در حکم دفینه است (مواد ۱۷۷ و ۱۷۸ قانون مدنی).

دفینه در صورتی از اموال مباح است که مشمول قانون راجع به حفظ آثار ملّی مصوب آبان ۱۳۰۹ نباشد. به موجب مادهٔ اول این قانون: «*کلیهٔ آثار صنعتی و ابنیه و اماکن راکه تا اختتام دورهٔ سلسلهٔ زندیه در مملکت ایران احداث شده، اعم از منقول و غیرمنقول، با رعایت مادهٔ ۲ قانون می‌توان جزء آثار ملی ایران محسوب داشت و در تحت حفاظت و نظارت دولت می‌باشد.*» این‌گونه اشیاء، در اصطلاح نظامنامهٔ ۲۸ آبان ماه ۱۳۱۱، «*عتیقه*» نامیده می‌شود. هر کس اموال منقولی را، که مطابق این قانون از آثار ملی محسوب می‌شود، بر حسب تصادف و اتفاق به دست آورد، اگر چه در ملک خود او باشد، باید هرچه زودتر به وزارت معارف یا نمایندگان او اطلاع دهد. پس از معاینهٔ اشیاء توسط ادارهٔ عتیقات، نصف آنها و یا نصف قیمت تجاری آنها، که توسط اهل خبره تعیین خواهد شد، به یابندهٔ آن داده می‌شود. دولت مختار است نصف دیگر اشیاء را تصرف نموده تا به یابندهٔ آن مسترد دارد. (مادهٔ ۱۱ قانون و مادهٔ ۱۷ نظامنامه). «*حفر اراضی وکاوش برای استخراج آثار ملی منحصراً حق دولت است و دولت مجاز است که به این حق مستقیماً*

عمل کند یا به مؤسسات علمی یا به اشخاص یا شرکتها واگذار نماید...» (مادهٔ ۱۱ قانون). *«در ضمن عملیات حفاری علمی یا تجاری، آنچه در یک محل و یک موسم کشف شود، اگر مستقیماً توسط دولت کشف شده تماماً متعلق به دولت است و اگر دیگری کشف کرده باشد، دولت تا ده فقره از اشیایی که حیثیت تاریخی و صنعتی دارد می‌تواند انتخاب و تملک نماید و از بقیه نصف را مجاناً به کاشف واگذار و نصف دیگر را ضبط کند. هرگاه کلیهٔ اشیاء برده فقره نباشد و دولت همه را ضبط کند، مخارجی را که حفرکننده متحمل شده است به او می‌پردازد»* (مادهٔ ۱۴ قانون).

۸۰. شکار:

حیوانات غیراهلی اصولاً در زمرهٔ مباحات است و اشخاص می‌توانند در اثر حیازت این حیوانات را تملک کنند. ولی، اگر حیوان وحشی نیز دارای مالک خاص باشد، در اثر شکار به ملک دیگری در نمی‌آید. برای بیان همین مقصود، پس از مادهٔ ۱۷۹ که اعلام می‌کند: *«شکار کردن موجب تملک است»*، مادهٔ ۱۸۰ می‌افزاید: *«شکار حیوانات اهلی و حیوانات دیگری که علامت مالکیت در آن باشد موجب تملک نمی‌شود.»*

دولت برای صید ماهی و شکار سایر حیوانات وحشی مقررات و نظامات خاصی وضع کرده است، و فقط در آن حدود باید حیوانات از مباحات دانسته شود. (مادهٔ ۱۸۲ قانون مدنی ـ قانون شکار و صید مصوب خرداد ماه ۱۳۴۶).

گفتار سوم ـ مجهول المالک

۸۱. تعریف:

چیزی که مالک خاص دارد ولی به جهاتی نمی‌توان او را پیدا کرد، مجهول‌المالک می‌نامند. به موجب مادهٔ ۲۸ قانون مدنی : «اموال مجهول‌المالک با اذن حاکم یا مأذون از قبل او به مصارف فقراء می‌رسد.» پس، این‌گونه چیزها را باید از اموال عمومی شمرد که قانون مصرف آن را دستگیری از فقراء قرار داده است. ملاک تشخیص فقیر عرف است، و به‌طور معمول به کسی گفته می‌شود که درآمدش نتواند کفاف نیازمندیهای ابتدایی او را بدهد.

اشیاء پیدا شده و حیوانات ضاله نیز، با تعریفی که از اموال مجهول‌المالک شد، از این دست به شمار می‌آید. ولی، در قانون مدنی احکام خاصی برای آنها مقرر شده است، که باید به اختصار و تا جایی که به مبحث تقسیم اموال ارتباط دارد، مورد مطالعه واقع شود.

۸۲. اشیاء پیدا شده:

این اشیاء، که *«لُقَطِه»* نیز نامیده می‌شود، مال مملوکی است که بدون متصرف یافت شود (مستفاد از مادهٔ ۱۷۰ قانون مدنی). پس، مالی لقطه است که دارای شرایط زیر باشد:

۱. **مملوک باشد**: یعنی دارای مالک خاص باشد. اموالی که به اشخاص تعلق ندارد یا مالک از آن اعراض کرده از مباحات است، و حیازت و تملک آن نیز تابع قواعد مخصوص اموال مباح است.

۲. **مالک باید آن را گم کرده باشد**: اموالی که به سرقت رفته یا مالک آن را به عمد در محلی گذارده است *«لقطه»* محسوب نمی‌شود، و در صورتی که مالک آن پیدا نشود، بر طبق قواعد کلی از اموال عمومی است و باید با اذن حاکم به مصرف فقراء برسد.

اشیاء پیدا شده را می‌توان به سه دسته تقسیم کرد:

دستهٔ اول: اشیایی است که کمتر از یک درهم (۱۲/۶ نخود نقره) قیمت دارد. این دسته در حکم مباحات است و به متصرف آن تعلق دارد (مادهٔ ۱۶۲ اصلاح شدهٔ قانون مدنی).

دستهٔ دوم: اشیایی که در بیابان یا خرابه‌های خالی از سکنه پیدا می‌شود و معلوم است که به زمانهای گذشته ارتباط دارد. این دسته از اشیاء نیز مال شخصی است که آن را پیدا کرده (مادهٔ ۱۶۵ ق.م.).

دستهٔ سوم: سایر اشیاء پیدا شده، که باید تعریف شود (مادهٔ ۱۶۴ ق.م.) و اگر مالک آن تا یک سال پیدا نشود، شخصی که مال را پیدا کرده است می‌تواند آن را به امانت نگاهداری کند، یا مانند سایر اموال خود در آن تصرف کند (مادهٔ ۱۶۳ ق.م.).

۸۳. حیوانات ضالّه:

مطابق مادهٔ ۱۷۰ قانون مدنی: *«حیوان گم شده (ضاله) عبارت از هر حیوان مملوکی*

است که بدون متصرف *یافت* شود. *ولی، اگر حیوان* مزبور در *چراگاه یا* نزدیک *آبی یافت* شود، و *یا* متمکن *از دفاع از* خود در *مقابل حیوانات درنده باشد، ضاله* محسوب *نمی‌گردد*. بنابراین حیوانی ضاله است که، علاوه بر شرایط اشیاء گمشده، قادر به دفاع از خود در برابر حیوانات درنده و به‌دست آوردن وسائل زندگی نباشد. حیوان گمشده، اگر دارای مالک معین نباشد، باید به حاکم یا قائم مقام او تسلیم شود، و در هیچ صورتی پیدا کننده حق ندارد آن را تملک کند (مادهٔ ۱۷۱).

۸۴. معنی حاکم در قانون مدنی:

قانون مدنی در مواد گوناگون از واژهٔ *«حاکم»* سخن گفته است، بدون اینکه معلوم باشد چه شخصیتی حاکم است، و اشخاص به کدامیک از سازمانهای دولت باید رجوع کنند. مثلاً، اموال مجهول‌المالک با اذن *«حاکم»* به مصرف فقرا می‌رسد (مادهٔ ۲۸). و اگر موقوف‌علیهم غیرمحصور یا وقف بر مصالح عامه باشد، قبول وقف و قبض عین موقوفه با *«حاکم»* است (مواد ۵۶ و ۶۲)، و حیوان ضاله باید به *«حاکم»* تسلیم شود (مادهٔ ۱۷۱)، و *«حاکم»* می‌تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت یا قرار اقساط دهد (مادهٔ ۲۷۷)... و مانند اینها.

در حقوق امامیه و اصطلاح مرسوم در بین ما، حاکم به‌طور معمول به معنی دادرس به‌کار می‌رود و به همین جهت پاره‌ای از نویسندگان *«حاکم»* را رئیس دادگاه ابتدایی و گاه نیز دادستان شهرستان دانسته‌اند. و خلاصه، در هر جا که سخن از کلمهٔ *«حاکم»* به میان آمده است، تردید فقط در انتخاب یکی از این دو شخصیت است. این ضابطه نادرست نیست، زیرا وظایف حسبی و قضایی حاکم در حقوق کنونی بین این دو مقام تقسیم شده است؛ ولی قاعدهٔ کلی به دست نمی‌دهد، و گاه نیز با قوانین موضوعه مخالف است. برای مثال، اگر دعوایی در دادگاه عمومی جریان داشته باشد، حاکم صالح برای دادن مهلت، دادرس آن دادگاه است (مادهٔ ۲۴ قانون آئین دادرسی مدنی). پس، باید دید قاعده در تشخیص حاکم چیست، و قانونگذار، آن را به چه معنی بکار برده است؟

در حقوق امامیه، اختیارات قضایی و اداری حاکم شرع به اندازه‌ای وسیع است که آن را با هیچ‌مقام عمومی امروز نمی‌توان برابر دانست. زیرا حکومت در شأن پیامبر و امام یا منصوب از طرف اوست، یعنی کسی که تمام وظایف دولت (به معنی عام کلمه) امروز را به عهده دارد. پس، در حقوق عمومی کنونی *«حاکم»*، به معنی آن روز، دولت است: دولتی که ارادهٔ خود را به

صورت قانون الزام‌آور می‌کند، و به وسیلهٔ قوهٔ قهریه آن را به موقع اجراء می‌گذارد، و هر جا هم که در تمیز حق اختلاف باشد، به وسیلهٔ قوهٔ قضاییه حق را از باطل تشخیص می‌دهد.

مقصود نویسندگان قانون مدنی نیز از کلمهٔ *«حاکم»* اشاره به همین قدرت عالی و مفهوم عام بوده است. زیرا، با آنکه مفاهیم *«دادگاه»* و *«مدعی‌العموم»* به‌طور مکرر در آن قانون به‌کار رفته است، بعید به نظر می‌رسد که در پاره‌ای موارد، قانونگذار از این کلمات روشن صرفنظر کند، و به‌جای آنها کلمهٔ مجمل «حاکم» را به کار برد. قانونگذار آن روز ایران خواسته است، با استفاده از اصطلاح مرسوم زمان خود، قبول و قبض وقف عام و به مصرف رساندن اموال مجهول‌المالک و مانند اینها را در اختیار دولت و قوای عمومی گذارد، تا دولت حاکم هر طور صلاح می‌داند، با تقسیم کار در داخل سازمانهای خود، مرجع آن امور را آزادانه معین کند. این سبک قانون‌نویسی نیز بسیار پسندیده و موافق اصول است، زیرا در شأن قوانین ماهوی نیست که به مراجع صلاحیتدار دولتی و طرز تقسیم کار در سازمانهای دولت توجه کند.

پس، برای یافتن مصداق کلمهٔ *«حاکم»* باید دید وظیفهٔ حکومت را در هر مورد کدامیک از سازمانهای دولتی به عهده دارد، و راه حل هر قضیه را بدین وسیله به‌دست آورد:

برای مثال، در تشخیص حاکمی که باید وقف را به نمایندگی دولت بپذیرد، باید توجه داشت که قبول وقف عمل قضایی نیست، زیرا حاکم در این کار نه اختلافی را فصل می‌کند و نه مسألهٔ حقوقی را حل می‌سازد. قبول وقف به منظور حفظ حقوق عمومی و ادارهٔ درست جامعه انجام می‌شود، و از مصادیق بارز اعمال اداری است. پس، ضرورت ندارد که عامل آن در میان دادرسان جستجو شود. راست است که قانونگذار از باب حسبه پاره‌ای از وظایف اداری دولت را در صلاحیت محاکم قضایی گذارده است، ولی با توجه به اصل استقلال و جدایی قوای سه‌گانه، باید پذیرفت که این امر جنبهٔ استثنایی دارد و باید در حدود نص قانون اعمال شود. زیرا وظیفهٔ اصلی قضات و محاکم دادگستری عبارت است از تمیز حق و فصل دعوی (مادهٔ ۱ قانون آئین دادرسی مدنی).

پس، بهترین ضابطه برای تعیین شخصیتی که باید بنام حاکم وقف عام را بپذیرد، جهت و مصرف وقف است: یعنی، اگر وقف به جهتی اختصاص یابد که سازمان معین عهده‌دار انجام آنست، همان سازمان باید بنام حاکم آن را قبول و قبض کند. چنان‌که، اگر شخصی ملک خود را وقف تعمیر راههای کشور کند، حاکم وزارت راه است، که از طرف حاکم عمومی (دولت) انجام این خدمت را به عهده دارد و مأمور ادارهٔ راههای کشور است. یا اگر وقفی به منظور زیبا ساختن

شهر واقع شود، شهرداری حاکم است و در امر احداث بیمارستان، وزارت بهداری...

ولی جایی که هیچ سازمان مستقلی عهده‌دار تحقق بخشیدن به هدف واقف نیست، مانند وقف بر غیرمحصور یا مسجد، قبول وقف با دادستان است، زیرا حفظ حقوق عامه به‌طور کلی از وظایف اوست (مادهٔ ۴۹ اصول تشکیلات دادگستری). چنان‌که نظارت در دادرسیهایی که جنبهٔ عمومی دارد (مادهٔ ۱۳۹ قانون آئین دادرسی مدنی) و حفظ حقوق کودکان و دیوانگان و غائب مفقودالاثر و حفظ ترکهٔ متوفی (قانون امور حسبی) و دفاع از حقوق عمومی در امور کیفری، و خلع ید از متجاوزان به زمینهای عمومی و دولتی (مادهٔ ۱۶ قانون اراضی دولت و شهرداریها و اوقاف و بانکها مصوب دی ماه ۱۳۳۹)، و جمع‌آوری و نگاهداری اموال مجهول‌المالک و ترکهٔ اموات بلاوارث (مادهٔ اول نظامنامهٔ اجرای مواد ۲۸ و ۸۶۶ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۲)، نیز با دادستان است.[۱]

مبحث سوم: تقسیم اموال به اعتبار قابلیت انتقال

۸۵. اصل انتقال‌پذیری اموال:

این اصل در هیچ قانونی به صراحت نیامده است، ولی از مجموع احکام مربوط به حقوق مالی بخوبی استنباط می‌شود: فایدهٔ مال در صورتی کامل می‌شود که موضوع داد و ستد باشد و از نظر اقتصادی در گردش قرار گیرد. مالک نیز حق همه‌گونه تصرف در مال خود را دارد و می‌تواند آن را به دیگران انتقال دهد (مادهٔ ۳۰ ق.م.). حق عینی به‌طور معمول از همین راه ایجاد می‌شود. قانون مدنی به مالک اجازه داده است که تمام حق خود را از راه فروش و قرض و صلح و هبه به دیگران واگذار کند، یا پاره‌ای از این حق را منتقل سازد و مالکیت عین را برای خود حفظ کند: چنان‌که در اثر عقد اجاره، مستأجر مالک منافع مورد اجاره می‌شود و موجر مالک عین باقی می‌ماند، یا در حق انتفاع جزیی از حق مالکیت به منتفع واگذار می‌شود و جزء دیگر آن همچنان در اختیار مالک است.

---

۱. در مورد مقامی که باید وقف عام را بپذیرد، رک. عقود معین، ج ۳، ش ۸۲.

۸۶. اموال انتقال‌ناپذیر:

ممکن است مالی به دلیل اختصاص یافتن به مصرف معین انتقال‌ناپذیر شود یا انتقال آن منوط به تغییر وضع حقوقی موجود باشد: مانند اموال عمومی که قابل انتقال به اشخاص نیست، مگر اینکه قانون مصرف آن را تغییر دهد و وصف عمومی بودن مال را از بین ببرد. ولی، قطع نظر از این مورد که به حقوق عمومی مربوط می‌شود، در حقوق خصوصی نیز گاه مالی که به مرحلهٔ ملک نیز رسیده است به حکم قانون یا قرارداد انتقال‌ناپذیر می‌شود.

انتقال‌ناپذیر شدن ملک جنبهٔ استثنایی دارد و ممکن است سبب آن حکم قانون باشد یا قرارداد خصوصی.

گفتار نخست ـ انتقال‌ناپذیری به حکم قانون

۸۷. مال حبس شده:

مالک می‌تواند به جای انتقال مال خود به دیگران آن را «حبس» کند و منافع عین حبس شده را در اختیار آنان گذارد. چنین مالی در مدت حبس مصون از هرگونه نقل و انتقال است و جز در موارد استثنایی از گردش اقتصادی باز می‌ماند:

۱. وقف کامل‌ترین نوع این گونه حبسها است که مادهٔ ۵۵ قانون مدنی در تعریف آن می‌گوید: «*وقف عبارتست از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود*». مال موقوف نه ملک واقف است و نه از آن منتفعان (موقوف علیهم): شخصیت حقوقی می‌یابد و به‌صورت بنیادی اقتصادی در راه مصرفی که برای آن تعیین شده است فعالیت می‌کند.[۱] زندگی اقتصادی و حقوقی این شخصیت مدت ندارد و زمانی پایان می‌یابد که صرف عین و منافع در هدفی که به آن اختصاص یافته است ممکن نباشد. مادهٔ ۸۸ ق.م. بیع مال وقف را چنین پیش‌بینی می‌کند: «*بیع وقف، در صورتی که خراب شود یا خوف آن باشد که منجر به خرابی گردد به‌طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد، در صورتی جایز است که عمران آن متعذر باشد یا کسی برای عمران آن حاضر نشود.*» در این گونه موارد، هرگاه

---

۱. برای دیدن ساختار حقوقی وقف که در زمرهٔ «عقود معین» آمده است، رک. عقود معین، ج ۳، ش ۶۶-۱۴۸.

اجرای وقف در مصرفی همانند آنچه واقف معین کرده است ممکن باشد، وقف تبدیل می‌شود (مادهٔ ۹۰ ق.م.) و در صورتی که صرف منافع در راه مورد نظر واقف بـه واقـع متعذر باشد، منافع صرف امور خیریه می‌شود (مادهٔ ۹۱).

باید افزود که، آنچه در مورد منع از فروش مال وقف گفته شد، دربارهٔ سایر عـقود تملیکی نیز صادق است. پس، مال وقف را نمی‌توان به دیگران صلح کرد یا بخشید یـا عین آن را وام داد یا به عنوان سرمایه به مضاربه داد یا در شرکتی نهاد (در حکم تملیک).

حبس عین از راه وصیت نیز ممکن است: مالک می‌تواند ثلث دارایی یا مالی معادل آن را برای بعد از فوت خود وقف کند یا دستور وقف آن را به وصی یا وارثان خود بدهد. در صورت نخست (به شیوهٔ وصیت تملیکی)، حبس با مرگ موصی و قبول آن از سوی حاکم یا موقوف علیهم تحقق می‌یابد (مواد ۵۶ و ۸۲۷ ق.م.)، ولی در فرضی که موصی دستور وقف داده است (وصیت عهدی) حبس زمانی صورت می‌پذیرد که این دستور اجراء شود.[۱]

۲. حبس مال ممکن است موقت باشد و محدود به مدت عمر مالک یـا منتفع یـا شخص ثالث (عمری) یا مدت معین شود (رقبی) یا مطلق باشد. در حق انتفاع مرسوم مالک حق انتقال مالک خود را به همان صورت (مسلوب‌المنفعة) به دیگران دارد، زیرا دادن حق انتفاع مالکیت عین را از بین نمی‌برد (مادهٔ ۵۳ ق.م.). ولی، هیچ مانعی ندارد که عین مال نیز در آن مدت حبس شود و مالک از انتقال عین ممنوع گردد.[۲]

۸۸. مال مرهون:

در موردی که مالی وثیقهٔ پرداخت دینی می‌شود، گفته شد که طلبکار بر آن مال حق عینی تبعی دارد (ش ۸). این حق باعث محدود شدن مالکیت بدهکار می‌شود ولی آن را از بین نمی‌برد: مالک از منافع عین بهره می‌برد و سلطهٔ خود را بر آن حفظ می‌کند. «*راهن می‌تواند در رهن تغییراتی دهد یا تصرفات دیگری که برای رهن نافع باشد و منافی حقوق مرتهن هم نباشد به عمل آورد، بدون اینکه مرتهن بتواند او را منع کند*؛ در صورت مـنع

۱. همان کتاب، ش ۷۸.
۲. همان کتاب، ش ۷۱.

اجازه با حاکم است» (مادهٔ ۷۹۴ ق.م.). تنها مانعی که راهن در راه اجرای حق مالکیت دارد، نفع مرتهن است؛ یعنی نباید به اقدامی دست زند که وثیقهٔ مرتهن را از بین ببرد یا از بهای آن بکاهد: چنان‌که مادهٔ ۷۹۳ ق.م. معیار آن را چنین به دست می‌دهد: *«راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن»*. اکنون جای طرح این پرسش است که آیا انتقال عین مرهون به دیگران منافی با حق مرتهن است؟

در پاسخ این پرسش نویسندگان اختلاف دارند: به حکم منطق این انتقال منافی با حق مرتهن نیست، زیرا این حق عینی است و پس از انتقال نیز همچنان بر عین باقی می‌ماند و تغییر مالک بر وثیقه اثر نمی‌گذارد. با وجود این، از مجموع قواعد مدنی و آئین دادرسی مدنی چنین برمی‌آید که قانونگذار از نظر مشهور در فقه پیروی کرد و عین را به سود طلبکار قابل انتقال ندانسته است.[1] منتها، در این مورد باید به دو نکتهٔ مهم توجه کرد:

۱. انتقال ناپذیری عین مرهون ذاتی نیست؛ مانعی است که برای حفظ حقوق طلبکار ایجاد شده و با رضای او از بین می‌رود: مرتهن می‌تواند به مدیون اذن در انتقال دهد یا انتقال واقع شده را اجازه دهد. انتقال‌پذیری عین مرهون از شرایط درستی رهن است: چنان‌که مادهٔ ۷۷۳ اعلام می‌کند: *«هر مال که قابل نقل و انتقال قانونی نیست نمی‌تواند مورد رهن واقع شود.»*

۲. نسبی بودن مانع انتقال سبب شده است که تنها حق مدیون و سایر طلبکاران او محدود شود. مرتهن می‌تواند، برای استیفای طلب خود و رعایت شرایط عقد رهن، عین را بفروشد و شرطی که این اختیار را از او بگیرد باطل است (مادهٔ ۷۷۸ ق.م.)، جز اینکه بدهکار نیز با پرداخت دین از محل دیگر رهن را منحل سازد و امکان فروش را از بین ببرد.

۸۹. ملک مشاع ـ حق شفعه:

اشاعه مانع از انتقال نیست و هر شریک می‌تواند سهم خود را به شریک دیگر یا اشخاص خارجی انتقال دهد. مادهٔ ۵۸۳ ق.م. در این باره می‌گوید: *«هر یک از شرکاء می‌تواند بدون رضایت شرکاء دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند»*. ولی، در موردی

---

۱. رک. عقود معین، ج ۴، ش ۳۷۶.

استثنایی ایجاد حق شفعه برای شریک مانع از آزادی انتقال آن سهم می‌شود. مادهٔ ۸۰۸ ق.م. اعلام می‌کند: «*هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصهٔ خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی راکه مشتری داده است به او بدهد و حصهٔ مبیعه را تملک کند*» مادهٔ ۸۰۸ ق.م. حکمی استثنایی است که برای جلوگیری از ضرر شریک مقرر شده و اجرای آن باید محدود به شرایط خاص خود باشد. به بیان دیگر، حق شفعه در صورتی ایجاد می‌شود که: ۱) ملکیت به حال اشاعه باشد؛ ۲) شریکان دو نفر باشند؛ ۳) شرکت در مال غیرمنقول باشد؛ ٤) آن مال قابل تقسیم باشد؛ ٥) انتقال به قصد بیع شده باشد.

مالی که در چنین موقعیتی است قابل انتقال به دیگران است و تا تملیک آن صورت نپذیرد «حق شفعه» ایجاد نمی‌شود. منتها، چون شریک می‌تواند قیمتی راکه خریدار پرداخته است به‌او بدهد و سهم فروخته شده را تملک کند، اقدام او از حیث نتیجه در حکم بر هم زدن بیع و جلوگیری از نفوذ آن است و اختیاری که قانونگذار به شریک داده است مانع بزرگی در راه انتقال سهم مشاع محسوب می‌شود.

باید افزود که حق شفعه مخصوص شریک ملک است و، برخلاف قاعدهٔ انتقال‌پذیری حقوق مالی، قابلیت انتقال به دیگران را ندارد.[1]

۹۰. ترکهٔ متوفی پیش از تصفیه:

دارایی شخص پس از مرگ به وارثان او انتقال می‌یابد. این دارایی را در اصطلاح «ترکه» یا میراث می‌نامند. ترکه به وارثان متوفی تعلق دارد، ولی این مالکیت زمانی استقرار می‌یابد که حقوق و دیونی که به ترکه تعلق می‌گیرد (مانند دیون و واجبات مالی و وصایا) اداء شود (مواد ۸۶۸ و ۸۶۹ ق.م.). پس، در دورانی که ترکه ناخالص است، وضع وارثان و طلبکاران و موصی‌له مانند شریکان مال مشاع است، با این تفاوت که طلبکاران و موصی‌له مال کلی حق عینی اصلی بر هیچ جزء ترکه ندارند و ترکه همچون وثیقهٔ طلب آنان است. از این اختلاط حقوق دو نتیجهٔ مهم به دست می‌آید:

۱. دارایی بازمانده از مورث، هرچند سرانجام و پس از تصفیه به دارایی وارثان

---

۱. رک. ایقاع، ش ۱۲۶.

می‌پیوندد، در دوران شرکت دارایی جداگانه با دیون و مطالبات و اجزاء خاص است که به «*شخصیت حقوقی*» تعبیر می‌شود. به همین دلیل، وارثان در هیچ صورت و حتی با قبول ترکه وظیفه ندارند چیزی بیش از ترکه به طلبکاران مورث خود بدهند. قبول بی‌قید و شرط ترکه اماره بر کفایت آن برای پرداخت تمام دیون متعلق به آن است، ولی خلاف این اماره را همیشه می‌توان اثبات کرد و همین که ثابت شود اموال مورث کافی برای بجا آوردن تعهدهای او نیست، وارثان تکلیفی در صرف دارایی شخصی خود در این راه ندارند. جدایی دیون ترکه از دارایی وارثان و اثر قبول ترکه را مادهٔ ۲۴۸ ق.ا.ح. بدین عبارت بیان می‌کند: «*در صورتی که ورثه ترکه را قبول نمایند، هر یک مسئول اداء تمام دیون به نسبت سهم خود خواهند بود، مگر اینکه ثابت کنند دیون زاید بر ترکه بوده یا ثابت کنند که پس از فوت متوفی ترکه بدون تقصیر آنها تلف شده و باقیماندهٔ ترکه برای پرداخت دیون کافی نیست که در این صورت نسبت به از ترکه مسئول نخواهند بود.*»

۲. «*هرگاه ورثه نسبت به اعیان ترکه معاملاتی نمایند، مادام که دیون متوفی تأدیه نشده است. معاملات مزبور نافذ نبوده و دیان می‌توانند آن را بر هم زنند*» (مادهٔ ۸۷۱ ق.م.). پس، نفوذ انتقال اموال مورث پیش از تصفیهٔ ترکه تابع هدف از صرف بهای آن است: ۱) انتقالی که به منظور اداء دیون ترکه از سوی وصی یا مدیر تصفیه یا وارثان صورت می‌پذیرد نافذ است؛ ۲) انتقالی که به سود وارثان و با انگیزهٔ تملک انجام می‌شود غیرنافذ است و مادهٔ ۸۷۱ ق.م. ناظر به این گونه معامله‌ها است.

۹۱. اموال عمومی؛ ارجاع:

گفته شد که اموال عمومی اختصاص به استفادهٔ عموم یافته و دولت به عنوان مدیر آنها را در تصرف دارد (ش ۶۷). از این تحلیل نیز نتیجه گرفته شد که دولت نمی‌تواند راه عمومی را ببخشد یا کتابخانهٔ عمومی یا راه آهن را بفروشد (ش ۶۷). در واقع، این اموال به دلیل اختصاص یافتن به خدمت عمومی قابل تملک خصوصی نیست.

با وجود این، چون انتقال‌ناپذیری مال عمومی ناشی از مصرف آنها و هدفی است که به آن اختصاص یافته، در صورتی که قانون آن هدف را تغییر دهد، مال عمومی نیز وصفی را که مانع از انتقال است از دست می‌دهد و قابل فروش می‌شود: برای مثال، اگر قانونی بگذرد و بخشی از پارک عمومی را به خانه‌سازی برای فرزندان قهرمانان جنگ

اختصاص دهد، آن بخش از پارک قابل انتقال می‌شود و دولت باید آن را به مصرف جدید رساند. همچنین است موردی که قانونگذار تصمیم به فروش جواهرات سلطنتی بگیرد و دولت را مأمور اجرای آن سازد.

۹۲. نتیجه:

از مطالعهٔ اجمالی مواردی که مالی انتقال‌ناپذیر شده است، این تقسیم به ذهن می‌رسد:

۱. اموالی که قانون انتقال آنها را ممنوع کرده است، بی‌آنکه به ارادهٔ اشخاص ارتباط داشته باشد: مانند انتقال‌ناپذیری اموال عمومی یا ترکه پیش از تصفیه.

۲. اموالی که به مناسبت قرارداد مالک با دیگران و تصمیم او از جریان داد و ستد خارج شده است: مانند مال مرهون و مال موقوف.

۳. اموالی که قابل انتقال است، و به اعتبار محدودیتی که برای انتقال آنها ایجاد شده در زمرهٔ استثناها آمده است: مانند سهم مشاع از ملک قابل تقسیم.

مالی که به حکم قانون انتقال‌ناپذیر شده، قابل توقیف به سود طلبکاران مال نیست. زیرا، توقیف به عنوان مقدمهٔ تملیک انجام می‌پذیرد و دربارهٔ مایلی که قابل تملک نیست معنی ندارد. پس، مال وقف یا عین مرهون یا مال عمومی را نمی‌توان بازداشت کرد.

گفتار دوم ـ انتقال‌ناپذیری قراردادی

۹۳. اقسام شرط مانع انتقال:

شرط مانع انتقال در قراردادهای خصوصی فراوان دیده می‌شود و به اعتبار طبیعت مانعی که ایجاد می‌کند به دو گروه تقسیم می‌شود:

۱. شرطی که بر طبق مفاد آن مالک تعهد می‌کند که از انتقال ملک خودداری کند: برای مثال، فروشندهٔ ملکی در پیش قرارداد معامله تعهد می‌کند که تا شش ماه آن را به دیگری انتقال ندهد و به انتظار اجرای تعهدهای خریدار آینده باقی بماند یا پیشنهادکننده ضمن دعوت مخاطب به خرید کالای خود، تعهد می‌کند که آن را تا دو هفته نفروشد.

۲. شرطی که حق انتقال ملک را از مالک سلب می‌کند و در واقع هدف این است که حق مالکیت ناقص شود: مانند اینکه در عقد اجاره حق انتقال به غیر از مستأجر سلب می‌شود یا دولت، هنگام فروش اتومبیل به کارکنان خود یا معاف کردن مأمور سیاسی یا دانشجوی به وطن بازگشته از دادن گمرک، او را از حق انتقال ممنوع می‌کند.

تمیز این دو گروه و تعیین مفاد شرطی که به مالک تحمیل شده همیشه روشن نیست و گاه نیاز به تفسیر دادگاه دارد،[1] ولی از آن‌جا که آثار شرط التزام به عدم انتقال و شرط سلب‌کنندهٔ این حق متفاوت است باید آنها را جداگانه بررسی کرد:

الف. التزام به عدم انتقال

۹۴. مفاد شرط و نفوذ نسبی آن:

چنان‌که گفته شد، مفاد این شرط ایجاد تعهد مالک در برابر طرف قرارداد است بر اینکه ملک خود را انتقال ندهد. این التزام شخصی است و از حق مالکیت مدیون چیزی نمی‌کاهد. به بیان دیگر، مالک متعهد می‌شود که حق خود را اعمال نکند. نفوذ و اعتبار شرط نیز نسبی و محدود به رابطهٔ قراردادی دو طرف است: یعنی، تنها طرف قرارداد است که می‌تواند الزام مالک را به مفاد شرط بخواهد و از دادگاه تقاضا کند که او را از انتقال باز دارد. بیگانه‌ای که در انعقاد قرارداد دخالت نداشته و شرط هم به نفع او نشده است، حق ندارد منع مالک را از دادگاه بخواهد یا از او خسارت بگیرد یا ابطال انتقال را درخواست کند.

ممکن است ادعا شود که تعهد به خودداری از انتقال نیز به سلب حق می‌انجامد و از این حیث تفاوتی با اسقاط حق انتقال به دیگران ندارد، ولی این ادعا در واقع تردید در مفاد شرط و قصد مشترک دو طرف است. اگر احراز شود که مقصود سلب حق است، باید آن را تابع همان مقصود شمرد، هرچند که با واژهٔ تعهد گفته شود. ولی، ظاهر از

---

۱. اختلاف شده است که آیا التزام به حفظ ایجاب (خواه صریح باشد یا به دلالت عرف) از کدام نوع است؟ آیا التزام به معامله نکردن با دیگری است یا حق ایجاب‌کننده در این زمینه از بین رفته است؟ در این باره، رک. قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ش ۱۵۵ به بعد.

التزام یا تعهد مالک این است که از مفاد حق عینی خود بر ملک نمی‌کاهد و تنها در برابر طرف قرارداد متعهد به خودداری از اعمال آن حق شده است.

۹۵. ضمانت اجرای تخلف از شرط:

ضمانت اجرای تخلف از شرط، بطلان انتقال نیست. زیرا، فرض این است که مالک حق عینی متعلق به خود را انتقال داده است. وانگهی، التزام شخصی مالک نمی‌تواند به معاملهٔ خریدار (ثالث) ملک صدمه بزند. تخلف از تعهدهایی که مالک کرده است، به طرف قرارداد (مشروط له) حق می‌دهد که به استناد خیار تخلف از شرط، پیمان خود را با عهدشکن فسخ کند. فسخ قرارداد مانع از مطالبهٔ خسارت ناشی از عهدشکنی نیست؛ یکی وسیلهٔ جبران خسارت وارد شده و دیگری (فسخ) وسیلهٔ احتراز از آن است.

چنان‌که گفته شد، گاه اختلاف می‌شود که آیا متعهدله می‌تواند ابطال معامله را بخواهد یا باید تنها به خسارت یا گرفتن وجه التزام قناعت کند. این اختلاف، به ویژه در موردی که قولنامهٔ فروش ملکی امضاء شده است و مالک با شکستن وعدهٔ خود ملک را به دیگری انتقال داده است، مطرح می‌شود. ولی، در واقع مبنای بحث و گفتگو دربارهٔ دلالت قولنامه، مفاد ضمنی آن است نه چگونگی ضمانت اجرای شرط: بدین توضیح که: آیا قولنامهٔ فروش حاوی تعهد بر نگاهداری ملکیت تا هنگام معامله در دفتر اسناد رسمی است یا مدلول ضمنی آن سلب حق انتقال مالکیت به دیگران است؟

ب. سلب حق انتقال از مالک

۹۶. مفاد و صورتهای شرط:

مفاد شرطی که حق انتقال را از مالک می‌گیرد به التزام او محدود نمی‌شود، حق عینی بر مال را ناقص می‌کند: خواهیم دید که حق مالکیت به سه حق ۱) انتفاع؛ ۲) انتقال یا تصرف؛ ۳) استعمال تحلیل می‌شود. همان گونه که حق انتفاع و استعمال را می‌توان به وسیلهٔ قرارداد از مالک گرفت (مانند موردی که مال به اجاره داده می‌شود یا حق انتفاع از آن واگذار می‌گردد)، حق انتقال نیز قابل تصرف است و مالک می‌تواند آن را از خود سلب کند. منتها، سلب این حقوق باید چنان محدود و جزیی باشد که به اصل حق

مالکیت صدمهٔ شدید نزند و مفهوم عرفی آن را از بین نبرد.

سلب حق انتقال به دو صورت انجام می‌پذیرد:

۱. هنگام انتقال مالکیت شرط می‌شود که انتقال گیرنده حق واگذاری آن را به دیگران ندارد: برای مثال، شهرداری قطعه زمینی را به منظور تأسیس درمانگاه به شخصی انتقال می‌دهد و در سند انتقال شرط می‌شود که خریدار تا ۲۰ سال حق فروش ملک را ندارد؛ فروشگاهی را به مدت یک سال اجاره می‌دهند و در اجاره‌نامه حق انتقال به غیر از مستأجر سلب می‌شود؛ پدری وصیت می‌کند که باغ خود را به پسر بزرگترش تملیک شود تا او نیز هزینهٔ معاش سایر فرزندان پدر را تأمین سازد و در وصیتنامه، برای حفظ منبع درآمد خانواده، شرط می‌شود که پسر بزرگتر (موصی له) تا ۱۰ سال حق انتقال به دیگران را ندارد. در این مثالها، حق مالکیت از آغاز ناقص ایجاد می‌شود.

۲. مالک در اثر قرارداد با دیگران حق انتقال را از خود سلب می‌کند: مأمور سیاسی هنگام ورود به کشور از معافیت گمرکی استفاده می‌کند، ولی در قراردادی که می‌نویسد حق انتقال اتومبیل خود را تا ده سال ندارد.

۹۷. نفوذ شرط و حدود آن:

بر نفوذ شرط ممکن است از چند جهت ایراد شود و امکان سلب حق انتقال مورد تردید قرار گیرد:

۱. در مادهٔ ۹۵۹ ق.م. با این عبارت سلب هرگونه حق مدنی، از جمله حق انتقال به غیر، ممنوع شده است: «*هیچ کس نمی‌تواند به‌طور کلی حق تمتع و یا حق اجراء تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند*». این ایراد بر فرضی که حق از ابتداء ناقص انتقال داده می‌شود وارد نیست، چنانکه هیچ‌کس در امکان سلب حق انتقال به غیر از مستأجر تردید ندارد (بند ۱ و ۲ مادهٔ ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶). در فرضی هم که سلب حق از مالک می‌شود، می‌توان به ایراد پاسخ گفت که آنچه در مادهٔ ۹۵۹ ق.م. منع شده ناظر به اسقاط «*به‌طور کلی*» است نه جزیی. بنابراین، هرگاه مفاد شرط محدود به زمان یا مقید به فرض خاص (مانند فروش به همسایه یا رقیب تجارتی) باشد، اسقاط جزیی است نه کلی؛ چنانکه اسقاط مرور زمان و حق خیار و شفعه که در قوانین پیش‌بینی

شده از همین گونه است.[۱]

۲. شرطی که حق انتقال را از خریدار بگیرد و آن حق را از تملیک بکاهد با مقتضای عقد تملیکی مخالف است. به بیان دیگر، مالکی که حق انتقال به غیر ندارد در دید عرف مالک نیست. پس، اگر مفاد عقد تملیک باشد و مضمون شرط محتوای آن را بگیرد، دیگر آن عقد اثر مطلوب (مالک شدن انتقال‌گیرنده) را ندارد و، در نتیجه، عقد و شرط هر دو باطل است (بند ۱ مادهٔ ۲۳۳ ق.م.). به این ایراد، که تنها ناظر به صورت نخست شرط است (ش ۹۵)، می‌توان پاسخ داد که جزیی کردن اسقاط حق انتقال باعث می‌شود که نفوذ شرط محتوای تملیک را از بین نبرد و در دید عرف نیز انتقال دهنده مالک باشد: برای مثال، اگر خریدار ملکی نتواند آن را برای مدت پنج سال به دیگری انتقال دهد، در دید عرف این قید مالکیت او را بی‌محتوا و لغو نمی‌سازد تا بتوان گفت مفاد شرط با مقتضای تملیک مخالف است. همچنین است در موردی که حق انتقال به شخص معین از او سلب شده باشد.[۲]

۳. ممکن است گفته شود که، چون حق انتقال در قرارداد معین از مالک سلب شده است، اثر آن نیز نسبی و محدود به همان رابطه است و در رابطهٔ او با دیگران نفوذی ندارد. این ایراد نیز قاطع نیست، زیرا طبیعت حق عینی به‌گونه‌ای است که کمال و نقص آن نمی‌تواند محدود به رابطهٔ خاص و نسبی باشد. حدود حق مالکیت در برابر همه قابل استناد است و به قراردادی هم که چنین نقصی را به وجود آورده است در برابر هر انتقال گیرنده‌ای می‌شود استناد کرد: چنان‌که، هرگاه حق انتقال به غیر از مستأجری سلب شده باشد، نفوذ شرط محدود به همان رابطه نیست و موجر می‌تواند ابطال انتقال منافع به هر شخص دیگری را از دادگاه بخواهد. همچنین است اجارهٔ خریدار شرطی در موردی که «*عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده*» باشد (مادهٔ ۴۵۴ ق.م.).[۳]

---

۱. برای مطالعهٔ بیشتر در این زمینه، رک. قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، قرائت و تمرین (۳)، ص ۲۰۸ (چاپ دوم) ـ عقود معین، ج ۱، ش ۴۸.

۲. عقود معین، ج ۱، ش ۴۸ ـ دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، ش ۳۰۵ و ۳۰۶.

۳. مادهٔ ۴۵۴ ق.م.: «*هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی‌شود، مگر این که عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است.*»

آنچه در این استدلال قوی به نظر می‌رسد این است که، چون حق انتقال برای حفظ منافع طرف قرارداد و ضمن تراضی با او از مالک سلب شده است، تنها همان طرف می‌تواند ابطال انتقال را از دادگاه بخواهد: برای مثال، اگر در اجاره‌ای حق انتقال به غیر از مستأجر گرفته شده باشد، این منع تنها به سود موجر ایجاد می‌شود. پس، اگر انتقالی برخلاف مفاد شرط داده شود، تنها موجر می‌تواند بر آن اعتراض کند و مستأجر (مشروط علیه) حق ندارد انتقالی را که خود داده است باطل بداند. همچنین، در مثالی که شهرداری زمینی را با سلب حق انتقال به غیر می‌فروشد، تنها او می‌تواند ابطال انتقال را بخواهد یا از مانعی که به سود او ایجاد شده است بگذرد.

بدین ترتیب، باید گفت: نسبی بودن اثر قرارداد سبب می‌شود تا معاملهٔ مخالف با شرط تنها قابل ابطال از سوی کسی باشد که شرط به سود او شده است، ولی قابلیت استناد قرارداد در برابر اشخاص ثالث این نتیجه را به بار می‌آورد که مشروطله بتواند در برابر هر انتقال گیرنده به مفاد آن (سلب حق انتقال از مشروط علیه) استناد کند.[1]

این وضع درحقوق ما بی‌مانند و نمونه نیست و نباید موجب شگفتی شود: راهن نیز در برابر مرتهن همین وضع را دارد؛ حق ندارد وثیقه را به دیگری انتقال دهد، ولی این منع تنها به سود مرتهن ایجاد می‌شود و تنها او است که می‌تواند ابطال معاملهٔ منافی با حق خود را بخواهد. چنین حالتی بیشتر به «عدم نفوذ» تعبیر می‌شود (ش ۸۷).[2]

۹۸. ضمانت اجرای شرط:

در صورتی که مالک مفاد شرط را رعایت نکند و مالی را که حق انتقال آن را ندارد به‌دیگری واگذارد، طرف قرارداد می‌تواند به چند وسیله برای حفظ حقوق خود دست زند:

۱. حق فسخ قرارداد اصلی میان مالک و خود را به استناد خیار تخلف از شرط دارد. پس از انتقال، اجبار مالک به رعایت شرط امکان ندارد؛ تیری است که از کمان رها شده و عقد را برای مشروطه له قابل فسخ کرده است (مواد ۲۳۹ و ۲۴۰ ق.م).

---

۱. دربارهٔ تفاوت نسبی بودن اثر عقد و قابلیت استناد آن در برابر اشخاص ثالث، رک. قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ش ۴۶۵ و ۴۶۶؛ ج ۳، ش ۶۱۶ به بعد.

۲. عقود معین، ج ۴، ش ۳۷۶.

۲. خسارت ناشی از عدم انجام تعهد را از مالک بخواهد. موضوع تعهد در فرض ما منفی است، ولی این ویژگی، مانع از درخواست جبران خسارت نیست (مواد ۲۲۶ تا ۲۳۰ ق.م.). منتها، باید توجه داشت که با فسخ قرارداد اصلی یا ابطال معاملهٔ مالک بخشی از خسارت جبران می‌شود. پس، اگر مشروطه له از آن دو وسیله نیز استفاده کند، تنها خسارت جبران نشده را می‌تواند بخواهد. به همین جهت، برای احتراز از دشواریهای اثبات خسارت، مبلغ مقطوعی برای جبران آن و الزام متعهد معین می‌شود که *«وجه التزام»* می‌نامند و مادهٔ ۲۳۰ ق.م. دربارهٔ آن مقرر می‌دارد: *«اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که درصورت تخلف متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند.»*[1]

۳. ابطال انتقال را از دادگاه بخواهد. دادخواست دعوی ابطال، باید به طرفیت مالک و انتقال گیرنده داده شود. زیرا، نتیجهٔ دعوی ممکن است حق مالکیت انتقال‌گیرنده را از بین ببرد و مدعی می‌خواهد رشتهٔ پیوند میان او و مالک را قطع کند و باید امکان دفاع به انتقال گیرنده داده شود.

۹۹. اسقاط حق انتقال:

سلب حق انتقال از مالک به‌طور معمول ضمن قرارداد با دیگران و به صورت شرط انجام می‌شود، ولی این سؤال نیز منطقی و قابل طرح است که آیا مالک می‌تواند تنها به ارادهٔ خویش و بی‌آنکه قراردادی ببندد این حق را ساقط کند؟ به بیان دیگر، آیا همان‌گونه که شخص می‌تواند حق دینی خود بر دیگران را تنها به ارادهٔ خود (ایقاع) ساقط و مدیون را ابراء کند؛ آیا توان اسقاط حق عینی و مالکیت را نیز دارد یا قلمرو حکومت ایقاع محدود به حقوق دینی است؟

در پاسخ این سؤال باید گفت، یکی از ویژگیها و اوصاف اصلی حق امکان اسقاط آن است، خواه موضوع آن حق دینی باشد یا عینی. پس، صاحب حق انتفاع یا ارتفاق می‌تواند تنها به ارادهٔ خود آن حق را ساقط کند و مالک اختیار دارد که از مال خود *«اعراض»* کند. منتها، دراین باره باید به دو نکتهٔ مهم توجه داشت:

---

۱. الزامهای خارج از قرارداد، ضمان قهری ـ ج ۱، مسؤولیت مدنی، ش ۳۶۰.

۱. امکان اسقاط حق ویژهٔ مواردی است که حق با تکلیف آمیخته نشود و تنها امتیازی باشد که قانونگذار برای استفادهٔ صاحب حق به او اعطاء کرده است: در فرضی که حق با تکلیف درآمیخته و در زمرهٔ نظامات اجتماعی درآمده است (مانند حضانت: مادهٔ ۱۶۸ ق.م.)، اسقاط آن امکان ندارد، خواه سبب اسقاط عقد باشد یا ایقاع. در چنین حالتی، حق برای حمایت از دیگران یا رعایت مصلحت اجتماعی هم هست و صاحب حق نمی‌تواند، همراه با امتیاز خود، امتیازدیگران را نیز ساقط کند یا به منافع عمومی صدمه بزند. ولایت، ریاست شوهر بر خانواده و طلاق نیز از همین سنخ است.

۲. اسقاط حقوق مربوط به شاخه‌های مالکیت (مانند حق انتفاع و ارتفاق) با هیچ مانعی روبرو نیست. ولی اسقاط حق مالکیت سبب می‌شود که مال بدون مالک بماند و در زمرهٔ مباحات در آید. به همین جهت، گاه که تملک مالی همراه با تشریفات خاص و انتقال آن در نظارت دولت است، اعراض نیز به تنهایی نمی‌تواند سبب رها شدن ملک شود: برای مثال، ملک غیرمنقول ثبت شده از آن کسی است که در دفتر املاک به نام او است (مادهٔ ۲۲ ق.ث.ا.) و تا به موجب سند رسمی به دیگری انتقال نیابد، دولت او را مالک می‌شناسد.[1]

۱۰۰. نتیجه:

در موانع ارادی انتقال، مالک با تراضی با دیگران یا به ارادهٔ خود در واقع از اختیار خویش می‌کاهد، و در اسقاط حق نیز احتمال دارد مالی را از دست بدهد. پس، در این‌گونه موارد، تقسیم اموال به بیان اقسام مالکیت و قلمرو آن می‌پردازد و بیشتر به مالک و التزامهای او مربوط می‌شود تا به مال. به همین جهت نیز گفته شد که تنها طرف قرارداد می‌تواند به تملک و توقیف مال اعتراض کند.

با وجود این، پاره‌ای از نویسندگان از شرط عدم انتقال نیز در تقسیم اموال سخن

---

۱. مادهٔ ۲۲ ق.ث.ا.: «همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید، دولت فقط کسی راکه ملک به اسم او ثبت شده و یاکسی که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا اینکه ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً به او رسیده باشد مالک خواهد شناخت. در مورد ارث هم ملک وقتی در دفتر املاک به اسم وارث ثبت می‌شود که وراثت و انحصار آنها محرز و در سهم‌الارث بین آنها توافق بوده و یا در صورت اختلاف حکم نهایی در آن باب صادر شده باشد.»

گفته‌اند.[1] این تقسیم در صورتی قابل توجیه است که: ۱) یگانگی حقوق مالی و اموال پذیرفته شود؛ ۲) تقسیم در زمرهٔ اَعراض ملک و به اعتبار انتقال آن انجام پذیرد و مخلوط با سایر تقسیم‌ها نشود.

---

۱. مازو و شاباس، دروس حقوق مدنی، ج ۱ (مقدمه)، ش ۲۱۷ به بعد.

فصــل دوم

مالکیت

مقدمه: حقوق عینی اصلی

مالکیت

۱۰۱. اقسام این حقوق:

مادهٔ ۲۹ قانون مدنی در اقسام حقوق عینی اصلی می‌گوید: «*ممکن است اشخاص نسبت به اموال علاقه‌های ذیل را دارا باشند:*

۱. مالکیت (اعم از عین یا منفعت)؛

۲. حق انتفاع؛

۳. حق ارتفاق به ملک غیر».

مادهٔ ۲۹ ق.م. نه تنها از حقوق عینی تبعی مانند حق رهن نامی نبرده، در مقام بیان تمام اقسام حقوق عینی اصلی نیز نبوده است: چنان‌که پاره‌ای از این حقوق، مانند حق تحجیر در حیازت، در این تقسیم وارد نشده است.

حق انتفاع و ارتفاق از شاخه‌ها و توابع مالکیت است. ولی، چون به طور مستقل نیز ممکن است برای شخصی جز مالک عین برقرار شود، جداگانه مورد بحث قرار گرفته و احکام و آثار خاص آن بیان گردیده است.

۱۰۲. تفاوت مالکیت منافع و حق انتفاع:

بین مالکیت منافع و حق انتفاع شباهت زیاد وجود دارد. ولی، از نظر ماهوی و عملی نباید آن دو را یکسان شمرد: در مالکیت منافع، لحظه‌ها و ذره‌های منفعت در ملک صاحب آن به وجود می‌آید. ولی در حق انتفاع، منفعت به مالک‌عین تعلق دارد و در ملک او هم به وجود می‌آید و صاحب حق فقط می‌تواند از آن منتفع شود (مادهٔ ۴۰ قانون مدنی). برای مثال، در اجاره، مستأجر در اثر عقد مالک منافع عین مستأجره می‌شود، و بر طبق قاعده می‌تواند آن را به دیگری منتقل کند. ولی، در حق سکنی، صاحب حق مالک منافع نیست تا حق تصرف در آن را داشته باشد. و به همین جهت اجارهٔ ملکی که موضوع حق انتفاع قرار گرفته است از طرف صاحب حق نیز درست نیست، مگر اینکه مقصود از اجاره‌واگذاری اصل حق باشد. به بیان دیگر، مالکیت منفعت حق است کامل که امتیازهای مالکیت را دارد، در حالی که حق انتفاع به آن حد کمال نرسیده و صاحب آن تنها از حق استعمال و انتفاع بهره‌مند است.

مثال زیر تفاوت حق انتفاع و مالکیت منفعت را روشن‌تر می‌سازد:

فرض کنیم باغی برای مدت یک سال به اجاره داده شود. در این مدت مستأجر مالک منافع باغ است و تمام ذره‌های میوه در ملک او به وجود می‌آید. پس، در روزی که مدت اجاره پایان می‌پذیرد، آنچه از میوه‌ها بر سر درختان باقی است به او تعلق دارد و می‌تواند، پس از مدت اجاره نیز، آنها را بچیند ولی، اگر حق انتفاع از همین باغ به مدت یک سال به او واگذار شده بود، چون منتفع مالک منافع نمی‌شد، ذره‌های میوه نیز در ملک او به وجود نمی‌آمد و به صاحب اصلی باغ تعلق داشت، جز اینکه او می‌توانست ظرف یک سال از آنها بهره‌برداری کند. بنابراین، در آخرین روز سال حق او نیز از بین می‌رفت و دیگر نمی‌توانست میوه‌هایی راکه هنوز بر درخت باقی است بچیند.[1]

۱۰۳. ترتیب مطالب:

حقوق عینی اصلی را در دو فصل مورد مطالعه قرار خواهیم داد:

---

۱. مادهٔ ۵۸۵ ق.م فرانسه ـ برای مطالعهٔ بیشتر در این تفاوت، رک. عقود معین، ج ۱، ش۲۳۳ ـ و در فقه، سیدمحمد کاظم طباطبایی، حاشیه بر مکاسب، چ سربی، ج ۱، ص ۱۳۱ ؛ چاپ سنگی، ص ۶۰.

فصل اول: مالکیت و حدود و قلمرو آن؛
فصل دوم: شاخه‌های مالکیت شامل دو مبحث:
۱) حق انتفاع و اقسام آن، مانند عمری و رقبی و سکنی؛
۲) حق ارتفاق نسبت به ملک غیر.

۱۰۴. مباحث فصل مالکیت:
مالکیت را ضمن چند مبحث جداگانه بررسی می‌کنیم:
مبحث نخست: به بیان اوصاف حق مالکیت و تعریف آن اختصاص دارد.
مبحث دوم: اختیارات مالک و حدودی که برای حقوق او، از جهت حفظ منافع عمومی یا جلوگیری از نزاع بین همسایگان، مقرر شده است.
مبحث سوم: قلمرو مالکیت و حقوق تبعی که مالک بر فضا و قرار ملک خود و منافع ومحصولات آن دارد.
مبحث چهارم: ایجاد و زوال مالکیت.
مبحث پنجم: اثبات مالکیت (امارهٔ تصرف).

مبحث اول: تعریف و اوصاف

۱۰۵. اوصاف مالکیت:
قانون مدنی حق مالکیت را تعریف نکرده است ولی از اوصاف و آثاری که برای آن استنباط می‌شود، به اجمال می‌توان تعریف حق مالکیت را به دست آورد. مرسوم است که گفته شود مالکیت دارای سه وصف اساسی است: ۱) مطلق بودن؛ ۲) انحصاری بودن؛ ۳) دائمی بودن. ولی، بزودی خواهیم دید که هیچ یک از این اوصاف به مفهوم پیشین خود باقی نمانده است.

۱۰۶. مطلق بودن:
به موجب مادهٔ ۳۰ ق.م.: *«هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.»* پس، مالک حق همه گونه

تصرف را در ملک خود دارد و استثناهای این قاعده باید در قوانین مطرح باشد. در حقوق کنونی این استثناها چندان فراوان است که به دشواری می‌توان از اطلاق حق مالکیت سخن گفت. واقعی بینی ایجاب می‌کند که، بجای اطلاق حق، از قید قانون در ماهیت آن یاد کرد و گفت: «*حقی که به مالک اختیار انتفاع و تصرف را در حدود قوانین می‌دهد*».[1] با وجود این، هنوز هم از اصل «*تسلیط*» برای بیان اختیار مالک با احترام یاد می‌شود. ولی، این اصل مفهوم پیشین را ندارد: در اصل ۴۷ قانون اساسی می‌خوانیم: «*مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد محترم است. ضوابط آن را قانون معین می‌کند*» و در اصل ۴۴، پس از تعیین سه بخش دولتی و تعاونی و خصوصی در نظام اقتصادی، در بارهٔ مالکیت چنین آمده است:

«*مالکیت در این سه بخش، تا جایی که با اصول دیگر این فصل مطابق باشد و از محدودهٔ قوانین اسلام خارج نشود و موجب رشد و توسعهٔ اقتصادی کشور گردد و مایهٔ زیان جامعه نشود، مورد حمایت قانون جمهوری اسلامی است*».

قیدهای اصل ۴۴ بخوبی نشان می‌دهد که «*حق مالکیت*» دیگر از حقوق طبیعی و مربوط به شخصیت انسان نیست؛ وسیله‌ای است برای حفظ منافع عمومی و تنها در صورتی مورد حمایت قرار می‌گیرد که شیوهٔ اکتساب و اجرای آن در مسیر هدفهای قانونگذار باشد. در این مفهوم تازه، آخرین مرز آزادی مالک این است که «*مایهٔ زیان جامعه نشود*».

این قید در اصل ۴۰ همان قانون در چگونگی اجرای حق مالکیت نیز دیده می‌شود در این اصل آمده است: «**هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد**». این اصل سوء استفاده از حق مالکیت را منع می‌کند و انتفاع و تصرف مالک را محدود به رفتاری متعارف می‌سازد؛ رفتاری که نه تنها آلوده به «*قصد اضرار*» نیست، معقول و متعارف است نه وسیلهٔ اضرار. بیان دیگر، حق مالکیت در مرحلهٔ ایجاد فردی و در مرحلهٔ اجراء اجتماعی است.

بدین ترتیب، اصل ۴۴ دست قانونگذار عادی را در تمیز آنچه «*مایهٔ زیان جامعه است*» باز می‌گذارد و اصل ۴۰ به قاضی نیز اختیار می‌دهد که چهارچوب اختیار مالک را

---

۱. در همین زمینه: رک. مادهٔ ۴۰۳ ق.م. آلمان و مادهٔ ۶۴۱ ق.م. سویس و مواد ۸۶۰ به بعد قانون ایتالیا.

به منظور پرهیز از «*اضرار به دیگران و منافع عمومی*» معین کند.

در گفتار دوم، به تفصیل خواهیم دید که قوانین عادی هم در محدود ساختن اختیار مالک، به ویژه در مالکیت زمین، راه درازی پیموده است و هرجاکه پای منافع عمومی در میان بوده در حمایت از آن تردید نکرده است و مسیر آن به سوی «*عدالت اجتماعی*» است.

پس، در حقوق کنونی، بجای گفتگو از وصف «*اطلاق*» حق مالکیت، باید از «*اصل تسلیط*» سخن گفت: بدین معنی که، هرگاه در قوانین و عرف قیدی برای اعمال حق مالک دیده نشود، اصل این است که حق انتفاع یا تصرف مورد نزاع را دارد یا، به طور خلاصه، «*آنچه منع نشده مجاز است*».

در حقوق اسلام نیز، بر خلاف حقوق رومیان، هیچگاه سخن از اطلاق حق مالکیت نیست: اخلاق مذهبی ثروت را امانت خداوند نزد انسان می‌داند تا به نیکی آن را اداره کند و روز واپسین حساب این اداره به مالک اصلی داده شود. اضرار به دیگران مجاز نیست، هرچند به نام اجرای حق باشد (لاضرر و لاضرار فی‌الاسلام) و هرجا اصل تسلیط با قاعدهٔ «لاضرر» برخورد کند، حکومت با قاعدهٔ لاضرر است تا انگیزهٔ غیرخواهی بر خود خواهی چیره باشد. قانون اساسی میراث چنین تعلیماتی است و روح حقوقی ما در بخش مالکیت باید منزه از خشونتهای سرمایه‌داری رومی شود.

اطلاق حق مالکیت به مفهوم دیگری نیز به کار می‌رود: اعتبار این حق محدود به رابطهٔ معین و نسبی نیست. مالکیت از حقوق عینی است و در برابر همه قابل استناد است و جامعه باید آن را محترم شمارد.

۱۰۷. انحصاری بودن:

نتیجهٔ طبیعی اطلاق اختیار مالک و لزوم رعایت احترام آن از طرف تمام مردم، انحصاری بودن حق مالکیت است؛ مالک می‌تواند هر تصرفی را که مایل باشد در مال خود بکند، و مانع از تصرف و انتفاع دیگران نیز بشود. مالکیت، در مرحلهٔ ایجاد حق فردی است و قانون از این حق در برابر تجاوز دیگران حمایت می‌کند.[۱]

---

۱. اصل ۴۴ و ۴۷ ق.ا.

مادهٔ ۳۱ قانون مدنی در همین زمینه مقرر می‌دارد « *هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد، مگر به حکم قانون.* » و مواد ۳۰۸ به بعد غاصب را به ردّ عین ملک و منافع آن مکلف می‌کند و مسؤولیت تلف عین و توابع آن را بر عهدهٔ او می‌نهد. قوانین کیفری نیز تجاوز به ملک دیگران و دزدی و تصرف عدوانی و به زور را مجازات می‌کند.

با وجود این، انحصاری بودن مالکیت خصوصی نیز به مفهوم گذشتهٔ خود باقی نمانده و از جهات گوناگون محدود شده است:

۱. قانون به سود عموم به مالکان حق ارتفاق تحمیل کرده است تا مؤسسهٔ عمومی بتواند سیمهای برق و تلفن و لوله‌های گاز را در محلهای مناسب قرار دهد. حتی دولت و شهرداریها می‌توانند ملک مورد نیاز خود را تملک کنند یا زمین بایر را برای آباد کردن و تملک به دیگران بدهند.

۲. در روابط خصوصی نیز، گاه حمایت از گروههای نیازمند و اجرای عدالت اجتماعی دولت را وادار به مداخله کرده است: چنان‌که مستأجر محل کسب و پیشه می‌تواند پس از پایان مدت اجاره نیز مالک را به تجدید اجاره ناگزیر کند؛ و مستأجر محل سکونت می‌تواند به استناد داشتن «عسر و حرج» از تخلیهٔ ملک خودداری نماید (قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ و ۱۳۶۲).

۳. قراردادهای خصوصی مالک با دیگران نیز حق انحصاری او را محدود می‌سازد: «*منتفع*» و «*صاحب حق ارتفاق*» می‌تواند از مالی که به دیگری تعلق دارد استفاده کند و مانع از تصرف مزاحم یا ممنوع کنندهٔ مالک شود.

به‌طور خلاصه، از بین رفتن اطلاق اختیار مالک و محدود شدن سلطهٔ او به وصف انحصاری و فردی مالکیت نیز صدمه می‌زند و آن را در خدمت مصالح عموم قرار می‌دهد.

۱۰۸. دائمی بودن:

این وصف در هیچ یک از مواد قانون مدنی تصریح نشده و، حتی در مورد مالکیت منافع نیز، شرط مدت الزامی است: چنان‌که مادهٔ ۴۸۶ می‌گوید: «*در اجارهٔ اشیاء، مدت اجاره باید معین شود والا اجاره باطل است.*» ولی باید دانست که گذشته از این مورد، حق مالکیت دائمی است و طبیعت آن با موقتی بودن منافات دارد، چنان‌که در قانون مدنی نیز

با مرگ مالک از بین نمی‌رود، و فقط ممکن است به یکی از اسباب انتقال بـه دیگـری واگذار شود.

از وصف *«دائمی بودن حق مالکیت»* دو نتیجهٔ گوناگون گرفته شده[1] و مـطالعهٔ آنـها نشان می‌دهد که هیچ کدام مطلق و بی‌استثنا باقی نمانده است:

۱. حق مالکیت تا موضوع آن از بین نرفته باقی است: گفته شد که حق مالکیت، به دلیل کمال خود و احاطه بر چهره‌های گوناگون انتفاع و استعمال و اتلاف مال، با موضوع خود در هم آمیخته و در دید عرف ماهیتی یکسان دارد. وابستگی حق اعتباری و شییء خارجی چندان است که، جز در مورد منافع، نمی‌توان آن دو را از یکدیگر جدا کرد: حق مالکیت با مال موضوع آن انتقال می‌یابد و از بین نمی‌رود. در موردی هم که مانعی انتفاع و تصرف مالک را ناممکن می‌سازد، تا عین باقی است، مالکیت هم وجود دارد؛ چنان‌که اگر غاصبی به دلیل ایجاد چنین مانعی (مانند غرق انگشتر در برکهٔ آب) ناچار از دادن بدل آن به مالک شود (مادهٔ ۳۱۱ ق.م.)، پس از دسترسی به عین مال، مالک می‌تواند بدل را رد کند و مال خود را بگیرد و به همین جهت آن را *«بدل حیلوله»* می‌نامند تا نشانهٔ حائل شدن غاصب میان مالک و مال او باشد و در توصیف آن گفته می‌شود: *«نوعی غرامت است که به مالک داده می‌شد تا در برابر سلطه‌ای کـه از دست داده است از آن بـهره‌مند شود.»*[2]

با وجود این، در حقوق ما ارتباط عین مال با حق مـالکیت نـیز گـاه قـطع مـی‌شود، بی‌آنکه مال تلف گردد یا حق انتقال یابد: برای مثال، در فرضی که مالک عین مال را وقف می‌کند، مال موقوف از ملکیت او خارج می‌شود و به منتفعان نیز انتقال نمی‌یابد (زیرا، موقوف‌علیهم تنها حق انتفاع از عین را پیدا می‌کنند). به همین جهت می‌گویند مـاهیت وقف *«فکّ ملک»* است نه تملیک.[3] همچنین، در موردی که مالک از حق خود *«اِعراض»* می‌کند، حق مالکیت انتقال نمی‌یابد، از بین می‌رود و مال در زمرهٔ مباحات است و در اثر حیازت حق دیگری ایجاد می‌شود، یا در زمرهٔ اموال عمومی (انفال) باقی می‌ماند (اصل ۴۵ ق.ا. و مادهٔ ۸ قانون اراضی شهری مصوب ۱۳۶۶).

---

۱. مازو و شاباس، دروس حقوق مدنی، ج۲، اموال، ش ۱۳۴۷، ج ۷، ۱۹۸۹.

۲. رک. وقایع حقوقی، ش ۱۸۸.

۳. برای مطالعه دربارهٔ مالک عین موقوف، رک. ش ۲۱۹.

۲. حق مالکیت در اثر معطل ماندن از بین نمی‌رود: این نتیجه، در تملکی که به ارث یا قرارداد یا اخذ به شفعه به دست آمده است قطعی است و مرور زمان نیز در اصل حق اثر ندارد و تنها اختیار طرح دعوی را از مدعی می‌گیرد (مادهٔ ۷۳۵ ق.ا.د.م. پیشین). ولی، درتملکی که به حیازت انجام می‌شود، بعض از فقیهان گفته‌اند که در اثر بائر شدن زمین ملکیت از بین می‌رود و در زمرهٔ اموال عمومی در می‌آید. این نظر در فقه مهجور مانده و مشهور مالکیت کسب شده را باقی می‌داند.[۱]

با وجود این، حقوق کنونی از این نظر الهام گرفته است: در مادهٔ ۹ قانون زمین شهری به دولت اجازه داده شده است که زمین مورد نیاز خود را از اراضی بائر نیز تأمین کند، و هم اکنون اجرای این ماده معلق مانده است.

۱۰۹. تعریف مالکیت:

مفهوم و اوصاف مالکیت همیشه در تغییر است و، به ویژه در قرن نوزدهم و بیستم، با پیشرفت فکر ملی شدن اموال و صنایع، حدود مالکیت فردی دگرگون شده و حقوق افراد در برابر قوای عمومی محدود گردیده است. ولی، چون این اوصاف را به عنوان اصل باید پذیرفت، مالکیت را می‌توان بدین عبارت تعریف کرد:

«مالکیت حق است دائمی، که به موجب آن شخص می‌تواند در حدود قوانین تصرف در مالی را به خود اختصاص دهد و از تمام منافع آن استفاده کند».

مبحث دوم: مفاد حق مالکیت؛ حدود اختیار مالک

۱۱۰. تحلیل حق مالکیت:

مالکیت کامل‌ترین حق عینی است که انسان می‌تواند بر مالی داشته باشد و سایر حقوق عینی از شاخه‌های این حق است: ۱) مالک می‌تواند، با هر شیوه که مایل است و با هر انگیزه‌ای که دارد (سودجویی، رفع ضرر و خیرخواهی) از عین مال خود

---

۱. برای دیدن این بحث، رک. شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۳۸، ص ۲۰ به بعد ـ شهید ثانی: مسالک الافهام، ج ۲، ص ۲۷۶؛ شرح لمعه، ج ۷، ص ۱۳۹.

بهره‌برداری کند یا آن را بی‌استفاده باقی گذارد؛ ۲) مالک حق دارد از ثمره‌ها و محصول مالی که در اختیار اوست منتفع شود؛ ۳) مالک می‌تواند مال خود را از بین ببرد یا به دیگری منتقل کند. بر پایهٔ همین اختیارها، حقوقدانان رومی مالکیت را به *«حق استعمال»* و *«حق استثمار»* و *«حق اخراج از ملکیت»* تجزیه می‌کردند. در حقوق اسلام نیز، ضمن اصل تسلیط، اختیار کامل مالک در تصرف و انتفاع از ملک خود تأیید شده است.

مالک، نه تنها حق دارد با اجرای اعمال مادی و خارجی از مال خود استفاده کند یا آن را از بین ببرد، می‌تواند برای حفظ و اداره و انتقال آن اعمال حقوقی گوناگون انجام دهد: با دیگران قرارداد بیمه ببندد، یا اجازهٔ استعمال و انتفاع از مال خود را به دیگری بدهد.، یا وسیلهٔ عقد بیع وصلح و هبه و وصیت آن را، در زمان حیات یا بعد از فوت خود، به دیگری واگذار کند.

چنان‌که گفته شد، این اختیار گسترده در حقوق کنونی تنها به عنوان *«اصل»* پذیرفته شده است؛ اصلی که استثناهای فراوان یافته و اعتبار و توان آن به سود منافع اجتماعی و اجرای عدالت کاسته شده است.

پس، به‌جای سخن گفتن از دامنهٔ اختیار مالک، باید حدود این اختیار را در قوانین کنونی معین کرد.

۱۱۱. حدود اختیار مالک:

اختیار مالک نامحدود و مطلق نیست و دولت از جهات گوناگون آن را محدود ساخته است. محدودیتهای حق مالکیت را به لحاظ مبانی آن به چند گروه می‌توان تقسیم کرد:

۱. به منظور ایجاد دوستی و جلوگیری از اختلاف بین همسایه‌ها و تأمین حداکثر منافع املاک، قانون مدنی قسمتی از اختیارهای مالک زمین را گرفته و در حقیقت نوعی ارتفاق قهری بر این گونه زمینها تحمیل کرده است(مواد ۹۵ و ۹۷ و ۱۰۹ به بعد).

۲. در مالکیت اختصاصی، تزاحم تنها میان حق مالک و دیگران است، ولی در حالت اشاعه جمع حق مالکان و فراهم آوردن امکان همزیستی بین آنان ایجاب می‌کند که آزادی هر مالک محدود به آزادی دیگران شود.

۳.به نسبتی که وظایف دولت و سهم او در ادارهٔ جامعه رو به فزونی می‌رود، از اختیار نامحدود مالکان کاسته می‌شود: چنان‌که بعد از قانون مدنی، بسیاری از قوانین مالکیت

خصوصی را، به منظور حفظ منافع عمومی و تأمین ادارهٔ درست اجتماع، محدود ساخته است.

وانگهی، پاره‌ای از اموال، مانند معادن، جزو سرمایه و ثروت عمومی کشور است و دولت نمی‌تواند بهره‌برداری و استخراج آن را به طور مطلق در اختیار اشخاص گذارد و ناچار است که بخشی از حقوق ایشان را در این باب نادیده بگیرد.

۴. در قراردادهای خصوصی نیز، مالک می‌تواند اختیار خود را در ادارهٔ اموال و انتفاع از آنها محدود سازد: یعنی به طور جزئی بخشی از حق مالکیت را از خود سلب کند (مفهوم ماده ۹۵۹ ق.م.). محدودیتهای قراردادی در اثر ارادهٔ مالک ایجاد می‌شود و در واقع تأیید اختیار و حقوق اوست و در ردیف سایر حدود مالکیت قرار نمی‌گیرد. با وجود این، قراردادهای اجاره و اعطای حق انتفاع و ارتفاق به دیگران یکی از چهارچوبهای مهم اختیار مالک در حقوق کنونی است.

گفتار نخست ـ محدودیتهای ناشی از مجاورت املاک

الف. مبانی تنظیم روابط مالکان

۱۱۲. تزاحم دو قاعدهٔ تسلیط و لاضرر:

مطابق قاعدهٔ مندرج در مادهٔ ۳۰ قانون مدنی، هر مالک می‌تواند همه گونه تصرف در مال خود بکند، هرچند که اعمال او سبب ورود ضرر به دیگران باشد. این قاعده، که در حقوق ما به (اصل تسلیط) معروف شده، مطلق نیست و قانونگذار، برای حفظ نظم و رعایت عدالت، آن را محدود ساخته است:

عدالت اجتماعی و پیش‌گیری از نزاع بین مردم ایجاب می‌کند، که هیچ کس نتواند به دیگری زیان برساند و همین امر سبب شده است که قاعدهٔ دیگری نیز در زمرهٔ اصول حقوقی قرار گیرد که در حقوق اسلام و ایران به نام «*اصل لاضرر*» مشهور است.

این دو قاعده در مرحلهٔ وضع با هم تعارضی ندارد، زیرا لازمهٔ انتفاع و تصرف در ملک اضرار به دیگران نیست، ولی گاه اجرای این دو با هم ممکن نیست. زیرا، در تصرفی که به زیان همسایه است اجرای قاعدهٔ تسلیط ملازمه با اباحهٔ آن دارد و رعایت

قاعدهٔ لاضرر، آن را ممنوع می‌سازد. پس، باید چاره‌ای اندیشید که در این گونه امور تزاحم از بین برود و یکی از آن دو بر دیگری حکومت کند. برای رفع همین تزاحم و بیان چگونگی اعمال قاعدهٔ تسلیط و لاضرر در روابط همسایگان، مادهٔ ۱۳۲ قانونی مدنی مقرر داشته است که: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود، مگر تصرفی که به قدر متعارف برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد.» پس، رابطهٔ مالکان مجاور باید بر طبق مادهٔ ۱۳۲ تنظیم شود و قانونگذار، برای رفع اشکال، به احکام پاره‌ای از فروع مهم نیز اشاره کرده است.

۱۱۳. مفاد مادهٔ ۱۳۲ ق.م:

از مفاد مادهٔ ۱۳۲ بخوبی بر می‌آید، که هیچ کس نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم ضرر همسایگان شود. منتها، این قاعده در صورت وجود دو شرط اجراء نمی‌شود: یعنی اگر این دو شرط با هم وجود داشته باشد، ضرر همسایه هر اندازه هم که زیاد باشد، مانع از تصرف مالک نیست:

۱. ***تصرف به قدر متعارف باشد***: مالک باید قواعد عرف و مقررات ایمنی (مانند نصب دودکش برای کارخانه) را در تصرف خود رعایت کند. برای مثال، اگر در عرف معماری لازم باشد که حوض و آب‌انبارخانه با سیمان ساخته و قیراندود شود، هیچ مالکی نمی‌تواند چاله‌ای به عنوان حوض یا آب انبار در منزل خود بکند و در آن آب بریزد و، با سرایت دادن رطوبت به خانه‌های مجاوران، موجب تضرر آنان شود. این گونه تصرفات، هرچند که برای رفع حاجت مالک هم ضروری باشد، ممنوع است و مالکان زیان دیده می‌توانند از اقدام زیان‌آور همسایهٔ خود جلوگیری کنند.

در جمع این قید و مادهٔ ۳۰ ق. م. (تسلیط) باید گفت، هر کس باید حق خود را به شیوهٔ متعارف اجراء کند و تجاوز از رفتار انسانی متعارف و معقول تقصیر محسوب می‌شود وضمان‌آور است: به بیان دیگر، در مقام اجرای حق نیز شخص ممکن است مرتکب تقصیر شود.

۲. ***برای رفع حاجت یا رفع ضرر از مالک باشد***: در تشخیص نیاز مالک نیز نظر عرف مناط اعتبار است: یعنی باید دید آیا نوع مالکان برای رفع احتیاج یا دفع ضرر به چنین کاری دست می‌زنند یا نه ؟ آنچه باید مبنای داوری قرار گیرد خواستها و هوسهای مالک

نیست. زیرا تشخیص قصد اضرار از هوسهای غیرمتعارف از قلمرو علم حقوق خارج است. پس، باید به داوری عرفی و نوعی روی آورد و مالک را از کاری که به طور معمول برای رفع حاجت و دفع ضرر انجام نمی‌شود ممنوع ساخت.

برای مثال، اگر کسی در پشت دیوار همسایهٔ خود باغچه‌ای بکند و در اثر آبیاری رطوبت به خانهٔ همسایه سرایت کند، باید دید آیا وجود آن باغچه برای زیبایی منزل چنان ضروری است که بتوان گفت مالک از نظر روحی به آن نیاز دارد؟ همچنین، هر گاه مالکی، به منظور جمع‌آوری آب باران و جلوگیری از زیان خود، چاهی حفر کند و این چاه با فاصله و عمق متعارف نیز سبب سرایت رطوبت به خانهٔ همسایه شود، باید در عرف معماری تشخیص داد که حفر چاه برای دفع ضرر از مالک لازم بوده یا جلوگیری از ضرر از راه دیگری نیز ممکن بوده است؟

بدین ترتیب، اگر مالکی بدون داشتن نفع مشروع و به قصد آزار همسایه دودکش مرکز حرارت خانهٔ خود را بالا ببرد تا، از نور خانهٔ همسایه بکاهد، از اقدام او جلوگیری می‌شود. ولی ایجاد بوی ناشی از پخت و پز و صدای ناشی از رفت و آمد با ماشین که محدودیتهای طبیعی و متعارف زندگی شهرنشینی است مانعی ندارد.

۱۱۴. سوء استفاده از حق مالکیت:

در حقوق کنونی پذیرفته شده که اجرای هر حق محدود به هدفی است که قانون از ایجاد آن داشته است. هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خود را وسیلهٔ اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد و از آن در راهی استفاده کند که قانونگذار راضی نبوده است (اصل ۴۰ قانون اساسی). مادهٔ ۱۳۲ قانون مدنی نیز یکی از مصداقهای این قاعده است، زیرا قانونگذار بدین وسیله می‌خواهد از تصرفی که به منظور اضرار به همسایگان در ملکی می‌شود جلوگیری کند.

مالک در صورتی می‌تواند، بدون توجه به زیان مجاوران، آزادانه در ملک خود تصرف کند، که این دو شرط با هم جمع باشد: یعنی اگر تصرف متعارف مالک، برای رفع حاجت یا دفع ضرر او نباشد و به حال همسایه مضر تشخیص داده شود، مجاز نیست.

نظریهٔ «*سوء استفاده از حق*» از دیرباز در اجرای حق مالکیت و تنظیم رابطهٔ

همسایگان رعایت می‌شده است[1] و هنوز هم مالکیت یکی از مهم‌ترین زمینه‌های اجرای این نظریه است. در قانون دیات (مجازات اسلامی) نیز احکام گوناگونی در اجرای همین نظریه دیده می‌شود که تفصیل آن را باید در کتابهای مسؤولیت مدنی دید.[2]

با وجود این سؤالی که به ذهن می‌رسد و باید به پاسخ آن اندیشید، این است که، اگر تصرف زیانبار همسایه از جمله فعالیتهایی باشد که به اذن مقامهای اداری دولت انجام می‌پذیرد و همسایه به اذن دولت به آن دست زند، آیا باز هم می‌توان به دلیل تجاوز از حدود متعارف از آن جلوگیری کرد یا همسایه را به زیان ناشی از آن محکوم ساخت؟

برای مثال، مالکی به منظور استخراج معدن واقع در ملک خود از دولت پروانهٔ حفر و کندن گودالهای لازم را می‌گیرد و ایجاد این گودالها باعث سست شدن پی ساختمان همسایه و آسیب به آن می‌شود؛ یا مالکی با گرفتن پروانه از دولت در ملک خود پمپ بنزین یا کارگاهی پر سر و صدا و آلوده کنندهٔ هوا احداث می‌کند (مانند سنگ تراشی و ریخته‌گری) ؛ در این صورت، آیا همسایه زیان دیده می‌تواند، به استناد مادهٔ ۱۳۲ ق.م. و به این عنوان که اقدام همسایهٔ مخالف با استفادهٔ متعارف در محل مسکونی است، از دادگاه بخواهد که از آن اقدام جلوگیری کند یا همسایه را به زیان ناشی از کار نامتعارف خود محکوم سازد؟

در پاسخ به این سؤال سه راه حل احتمال داده می‌شود:

۱. اجازهٔ مقام اداری دولت مسؤولیت اقدام‌کننده را از بین می‌برد و نشان می‌دهد که همسایه بر طبق مقررات و قانون به کار زیانبار دست زده است.[3]

۲. اجازهٔ مقام اداری مانع از این است که دادگاه بتواند تأسیسی را که به اذن دولت انجام پذیرفته است از بین ببرد یا مانع کار آن شود، ولی همسایهٔ زیان دیده می‌تواند خسارت ناشی از اقدام نامتعارف را از دادگاه بخواهد.[4]

۳. اذن مقام اداری ناظر به امکان اقدام قطع نظر از عوارض خارجی آن است و اضرار به همسایه را مباح نمی‌کند. به بیان دیگر، هرگونه اذنی مقید به رعایت حقوق اشخاص ثالث است

---

۱. ریشه قاعدهٔ «لاضرر» به حدیث سمرة بن جندب از عهد پیامبر (ص) باز می‌گردد که امر به قطع درخت خرمایی فرمود که صاحب آن با رفت و آمدهای نابهنگام وسیلهٔ آزار مالک محل استقرار درخت می‌شد.

۲. برای دیدن نظریهٔ سوء استفاده از حق، رک. وقایع حقوقی، ش ۱۱۳ تا ۱۱۵ ـ ضمان قهری، ج ۱، مسؤولیت مدنی، ش ۱۷۸ به بعد و در حقوق فرانسه، کورنو، مقدمه و اشخاص و اموال، ش ۱۰۸۲ به بعد.

۳. رویهٔ پاره‌ای از دادگاههای قدیم فرانسه، نقل از، کولن و کاپیتان و لامور اندیر، ج ۲، ش ۱۴۵.

۴. کولن و کاپیتان و لامور اندیر، همان کتاب. آلکس ویل، اموال، ش ۱۵۶.

و رعایت مقررات مجوز بی‌احتیاطی نیست.[۱]

احتمال اخیر منطقی‌تر و با قواعد سازگارتر است، زیرا تصمیم‌های اداری نمی‌تواند به حقوق خصوصی اشخاص صدمه بزند و دادگاه را از اجرای درست قانون و عدالت باز دارد.

این نکته را نیز باید افزود که تقدم در تصرف نیز به تنهایی مانع از اجرای مادهٔ ۱۳۲ ق.م. نیست، مگر اینکه جمعی باشد و حدود متعارف را تغییر دهد: برای مثال، اگر در محلی که به‌طور معمول کارخانه‌های گوناگون احداث می‌شود، مالکی برای استفادهٔ خود خانهٔ مسکونی بسازد، نمی‌تواند از دیگران بخواهد که مانع آسایش او نشوند و صدا و هوای آلوده ایجاد نکنند. ولی، اگر از قدیم کارخانه یا گاوداری در محلهٔ مسکونی باشد، قدمت تصرف او را از امکان اعتراض همسایگان مصون نمی‌دارد.

۱۱۵. دعاوی ناشی از مجاورت املاک؛ رویهٔ قضایی:

دعاوی مربوط به مجاورت املاک، هم از حیث تعیین مرجع صالح آن و هم از لحاظ اجرای درست مادهٔ ۱۳۲ ق.م. اهمیت خاصی را داراست. به ویژه، در باب متعارف بودن تصرف مالک مسائل گوناگونی مطرح می‌شود که مطالعهٔ آنها نظر دادگاهها را نسبت به معنی مادهٔ ۱۳۲ روشن می‌سازد. دو نمونهٔ منتشر نشده از آراء دادگاه بخش و شهرستان‌تهران انتخاب شده است که از پرونده‌های مربوط نقل می‌شود:

۱. رأی شعبه ۲۷ دادگاه شهرستان تهران در رسیدگی پژوهشی از حکم دادگاه بخش تهران (پرونده شمارهٔ ۱۶۸/۳۹):

«نظر باینکه، به موجب مادهٔ ۱۳۲ قانون مدنی: *«کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود، مگر تصرفی که بقدر متعارف و برای رفع حاجت و یا رفع ضرر از خود باشد.»* و *بنابراین تصرفاتی که به همسایهٔ مالک زیان می‌رساند در صورتی مجاز است که اولاً در حدود متعارف و ثانیاً برای رفع حاجت یا رفع ضرر از وی ضروری باشد.»*

«نظر باینکه، به موجب نظر کارشناس قضیه، باغچهٔ احداث شده در پشت دیوار خانهٔ پژوهشخوانده، از این حیث که باعث سرایت رطوبت به دیوار ملک وی می‌گردد، زیان‌آور است و غرس و نگاهداری چند درخت گیلاس را عرفاً نمی‌توان از لوازم زندگی پژوهشخواه و وسیلهٔ

---

۱. مازو و شاباس، دروس حقوق مدنی، اموال و مالکیت، چ ۷، ۱۹۸۹، ش ۱۳۴۲.

ضروری رفع حاجت و یا رفع ضرر از وی دانست».

«نظر باینکه مطابق مفاد مواد ۳۲۹ و ۳۳۱ قانون مدنی، هر کس سبب تلف مال یا خراب شدن بنای دیگری شود، موظف است آن را به صورت اول بنا نماید، و صدور حکم به پرداخت قیمت آن فقط ناظر به صورتی است که ساختن بنا و برگرداندن آن به حال سابق امکان نداشته باشد، بنابراین صدور حکم به محکومیت پژوهشخواه در این حالت خاص، که بندکشی دیوار و اعادهٔ وضع به حال سابق امکان دارد، به نظر صحیح نمی‌رسد.»

«نظر باینکه مالک هر مال باید شخصاً برای حفظ آن و دفع ضرر از خود اقدام کند، و اگر بتوان پژوهشخواه را با الزام به پرکردن باغچهٔ مورد نزاع از تصرف خاصی در ملک خود ممنوع ساخت، الزام وی به قیراندود ساختن پشت دیوار پژوهشخوانده متکی به هیچ متن و اصل حقوقی نمی‌تواند باشد. باضافه در صورتی که رطوبت ایجاد شده در دیوار خانه پژوهشخوانده فقط ناشی از ریزش آب در باغچه باشد، با قطع آن موجبی برای قیراندود ساختن دیوار بنظر نمی‌رسد».

«بنا به مراتب مذکور، دادنامهٔ پژوهشخواسته، در قسمت محکومیت پژوهشخواه بپرداخت مبلغ ۵۰۰ ریال خسارت و قیراندود کردن پشت دیوار شمالی حیاط خواهان مخدوش بنظر می‌رسد و با اعلام فسخ آن دعوی پژوهشخوانده محکوم به بطلان می‌گردد. و نسبت به بقیهٔ محکوم‌به و الزام پژوهشخواه به پرکردن باغچهٔ احداث شده استوار می‌شود...»

۲. رأی شعبهٔ ۴ دادگاه بخش تهران در پروندهٔ شماره ۷۵/۳۵:

«نظر باینکه بر طبق صورت مجلس معاینهٔ محلی مورخهٔ ۱۳۵/۱۱/۲۹، باغچهٔ احداث شده در خانهٔ خوانده در دو متر و نیمی دیوار فاصل بین دو خانه قرار دارد، و به موجب نظریهٔ کارشناس انتخابی، رطوبت حاصل از باغچهٔ خوانده، در اثر گود بودن کف حیاط و ساختمان خانهٔ خواهان از کف باغچه خوانده می‌باشد. و به اضافه چاه مستراح و باغچهٔ خوانده تا ملک خواهان متعارف است. و بالجمله بنظر نمی‌رسد که تصرفات خوانده در ملک خود از این حیث خارج از حدود متعارف باشد.»

«نظر باینکه استفادهٔ از مستراح به نحوی باید انجام گیرد که با رعایت مقررات فنی موجب زیان مجاورین نگردد. و با توجه به نظریهٔ کارشناس انتخابی ناقص بودن ساختمان مجرای مستراح سبب نفوذ رطوبت بخانهٔ خواهان است، و بنابراین بنظر دادگاه تصرفات خوانده از این

حیث در حدود متعارف نمی‌باشد.»

«نظر باینکه عرفاً خانه‌های مسکونی معدّ برای نگهداری کود، مخصوصاً بنحوی که کارشناس توصیف نموده، نمی‌باشد. و از این حیث تصرف خوانده در ملک خود به نحو متعارف نمی‌باشد...».

ب ـ احکام و آثار مجاورت

۱۱۶. ماهیت حقوق املاک مجاور:

محدودیتهای مربوط به مجاورت املاک را باید نوعی حق ارتفاق دانست. این حق، که به طور مستقیم از قانون ناشی می‌شود، ممکن است مثبت یا منفی باشد: به عنوان مثال، در مواردی که وضع طبیعی زمینی ایجاب می‌کند که مجرای فاضل‌آب یا آب باران زمین بالاتر باشد و قانون نیز این حق را به مالک آن تحمیل می‌کند. در واقع حق ارتفاق مثبتی به سود زمین بالاتر ایجاد شده است. بر عکس، ممنوع شدن مالک نسبت به باز کردن در و پنجره در دیوار خود، نوعی حق ارتفاق منفی است که قانون به سود همسایه برقرار کرده است. پاره‌ای از نویسندگان گفته‌اند که، محدودیتهای مربوط به املاک مجاور از قواعد عمومی مالکیت است، و بنابراین نمی‌توان گفت حقی است که به سود مالک مجاور بر زمینی تحمیل شده است، حق ارتفاق استثناء بر قواعد حاکم بر حق مالکیت است، زیرا موجب می‌شود که مالکی آزادی تصرف در ملک خود را، به خاطر منافع دیگری، از دست بدهد. پس وضع حقوقی را که قانون بر تمام املاکی که موقعیت خاص دارد تحمیل کرده است، نباید حق ارتفاق این زمینها در برابر هم دانست.[۱]

ولی، گروه دیگر به این ایراد پاسخ داده‌اند که، ماهیت حق را نمی‌توان به تناسب فراوانی یا ندرت استعمال آن تعیین کرد. الزام صاحبان املاک مجاور تمام صفات ارتفاق را داراست: این‌گونه امتیازها حق عینی است که به سود مالک زمینی برقرار شده و صاحب زمین مجاور را از پاره‌ای تصرفات محروم کرده است، جز اینکه منشأ آن، به جای قرارداد خصوصی، حکم قانون

۱. ابری و رو، ج۲، ص ۳۰۲ ـ مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۲، ش ۱۷۰۶.

است.[1]

ممکن است ادعاء شود که، حق ارتفاق امتیازی است که صاحب زمینی بر ملک مجاور خود پیدا می‌کند و همیشه جنبهٔ مثبت دارد و صاحب حق اجازه می‌دهد، که از آن عبور کند یا مجرای آب مورد نیاز خود را در آن زمین قرار دهد. پس، چگونه می‌توان حقی را که مالکان مجاور در جلوگیری از پاره‌ای تصرفات همسایگان خود دارند، نوعی حق ارتفاق دانست؟

ولی این ادعاء نیز همراه با دلیلی نیست: موضوع حق ممکن است انجام دادن یا خودداری از انجام کار باشد. درست است که به طور معمول موضوع ارتفاق جنبهٔ مثبت دارد، ولی این امر نباید سبب تردید در ماهیت حقوق ارتفاقی منفی شود. چنانکه مادهٔ ۱۰۱۸ قانون مدنی آلمان حق ارتفاق را به دو دستهٔ مثبت و منفی تقسیم کرده، و قانون مدنی فرانسه نیز آثار احکام املاک را در زیر عنوان حق ارتفاق بیان کرده است (مواد ۶۴۰ به بعد).

محاکم ما نیز، بی‌آنکه متوجه باشند یا به این تحلیل تصریح کنند، محدودیتهای مالکان مجاور را در حکم حق ارتفاق شناخته‌اند. زیرا، مرسوم بود که دادگاههای بخش این گونه دعاوی را، قطع نظر از میزان خواسته، و در زمرهٔ امور غیرمالی، در صلاحیت خود شمرند. و درستی این رویه منوط بر این است که، دعوی مربوط به حق ارتفاق و منطبق با بند ۳ از مادهٔ ۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی پیشین دانسته شود.

۱. دیوار مشترک

۱۱۷. امارهٔ اشتراک دیوار:

دیوار فاصل دو ملک در دید عرف در تصرف و اختیار مالکان اطراف آن است. پس، به حکم مادهٔ ۳۵ ق.م. مشترک بین آنها است، مگر اینکه دلیلی بر خلاف آن موجود باشد. مادهٔ ۳۵ ق.م. بدین عبارت است: «*تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.*» مقصود از واژهٔ دلیل در مادهٔ ۳۵ امارهٔ مالکیت است: یعنی اوضاع و احوالی که به حکم قانون دلالت بر مالکیت می‌کند (مادهٔ ۱۳۲۱ ق.م.).[2]

---

۱. پلنیول و ریپر، ج۳، به وسیلهٔ پیکار، ش ۹۵ ـ کولن و کاپیتان و لاموراندیر، ج ۲، ش ۷۷.

۲. «*هرگاه پدیده‌ای بنا بر ظاهر و سیر طبیعی امور نشانهٔ وجود واقعه‌ای باشد، آن را در اصطلاح، امارهٔ وجود آن واقعه می‌نامند.*» : مقدمهٔ علم حقوق، ش ۲۳۵.

اعتبار اماره بر اعتماد به ظاهر متکی است و احتمال دارد با واقع منطبق نباشد،[1] به‌همین دلیل نیز هرگاه دلیلی بر خلاف آن موجود باشد از اعتبار می‌افتد. پس، حق این بود که مادهٔ ۳۵ نیز تصرف را اماره می‌نامید نه دلیل.[2]

استفاده از امارهٔ تصرف برای اثبات اشتراکی بودن دیوار فاصل بین دو ملک، مشروط بر این است که در دید عرف نیز تصرف هر یک از دو همسایهٔ اطراف آن «*به عنوان مالکیت*» باشد، در حالی که استفادهٔ اشتراکی تنها تصرف مشترک را می‌رساند و دربارهٔ عنوان تصرف دلالتی ندارد. پس، امارهٔ دیگری لازم است که تصرف را نشانهٔ «*عنوان مالکیت*» نیز بداند. این است که قانونگذار در مادهٔ ۱۰۹ ق.م. مقرر می‌دارد: «*دیواری که مابین دو ملک واقع شده است، مشترک ما بین دو ملک محسوب می‌شود، مگر اینکه قرینه یا دلیل برخلاف آن موجود باشد.*» بدین ترتیب، امارهٔ اشتراکی بودن دیوار فاصل، در عین حال که چهرهٔ ویژه‌ای از امارهٔ تصرف است، حاوی عنوان تصرف نیز هست و دو همسایه را از اثبات آن بی‌نیاز می‌کند.

۱۱۸. ادارهٔ دیوار مشترک:

ادارهٔ دیوار مشترک ممکن است به موجب قرارداد مالکان تابع نظم خاصی شود و به‌عهدهٔ یکی از آنان قرار گیرد؛ چنان‌که مادهٔ ۵۷۶ ق.م. مقرر می‌دارد: «*طرز اداره کردن اموال مشترک تابع شرایط مقرره بین شرکاء خواهد بود.*» ولی، اگر قراردادی در میان نباشد، باید به اشتراک تصمیم گرفته شود و هزینهٔ اداره را هر دو شریک بپردازند. قانون مدنی در مادهٔ ۱۱۳ ضابطه را با این عبارت معین می‌کند: «*مخارج دیوار مشترک بر عهدهٔ کسانی است که در آن شرکت دارند*». با وجود این، اگر در این زمینه توافق نشود، هیچ یک از دو طرف نمی‌تواند اجبار دیگری را از دادگاه بخواهد؛ چنان‌که مادهٔ ۱۱۴ اعلام می‌کند: «*هیچ یک از شرکاء نمی‌تواند دیگری را اجبار بر بنا و تعمیر دیوار مشترک نماید، مگر اینکه دفع ضرر به نحو دیگری ممکن نباشد.*» پس، مبنای الزام شریک تنها ضرورت دفع ضرر است نه ایجاد امکان بهتر برای انتفاع.

---

۱. همان کتاب، ش ۳۵۶.
۲. همان کتاب.

۱۱۹. تصرف در دیوار مشترک:

برای روشن شدن حدود اختیار مالکان در دیوار مشترک، باید استفادهٔ متعارف از دیوار را، که با مقصود و سبب ایجاد آن ملازمه دارد، از سایر تصرفات مادی جداکرد:

۱. هر یک از شریکان می‌تواند، آن گونه که وضع طبیعی دیوار مشترک اقتضاء دارد و تا جایی که مانع تصرف دیگران نمی‌شود، از آن استفاده کند. مبنای این قاعده را از مادهٔ ۱۳۴ قانون مدنی می‌توان استخراج کرد. به موجب این ماده: «*هیچ یک از اشخاصی که در یک معبر یا یک مجری شریکند، نمی‌توانند شرکاء دیگر را مانع از عبور یا بردن آب شوند.*» معبر و مجری هیچ خصوصیتی ندارد که این حکم را به طور استثنایی ایجاب کند. پس، باید پذیرفت، استفاده‌ای که به نظر عرف یا تراضی دو طرف مطابق با سبب اصلی حق مالکیت مشاع است، تا جایی که مانع استفادهٔ دیگران نشود، برای هر یک از شریکان مجاز است. برای مثال، از دیوار مشترک همیشه می‌توان به عنوان حفاظ خانه استفاده کرد، یا اگر راه طبیعی رفتن به بام است از روی آن عبور کرد، یا سمتی را که رو به حیات شریک است سفید ساخت... و مانند اینها.

ولی، استفاده‌ای که از آغاز معهود بین دو طرف نبوده و به حکم عرف از لوازم آن به‌شمار نمی‌رود مباح نیست. شریک نمی‌تواند سیم برق یا تلفن خود را روی دیوار مشترک نهد، یا بر خلاف آنچه وضع طبیعی دیوار اقتضاء دارد از روی آن عبور کند، یا سرتیر ساختمان خود را بر آن بگذارد.

۲. تصرفهایی که باعث تغییر مادی دیوار می‌شود، یا از نظر حقوقی موجب تصرف در مال سایرین است، بدون اذن شریک مجاز نیست. زیرا هیچ کس نمی‌تواند در ملک دیگری بی‌رضای او تصرف کند. چنان‌که مادهٔ ۱۱۸ قانون مدنی می‌گوید: «*هیچ یک از دو شریک حق ندارد دیوار مشترک را بالا ببرد یا روی آن بنا یا سرتیری بگذارد یا دریچه و رف بازکند یا هر نوع تصرف نماید، مگر به اذن شریک*». (رک.مواد ۱۱۹ و ۱۲۰ ق.م).

۱۲۰. منع بازکردن در و پنجره:

در حال اشاعه، هر یک از شریکان مالک تمام اجزاء و ذره‌های مال مشاع است. در این مالکیت مخلوط و جمعی، تصرف در هر بخش مال مشترک در واقع تصرف در مال دیگران است: در نتیجه، اشاعه اختیار شریکان را محدود می‌سازد و هیچ یک از آنان

نمی‌تواند، بدون اجازهٔ سایرین، در آن تصرف کند. در دیوار مشترک نیز قاعده همین است و مالکان مجاور بی‌رضایت هم حق هیچ گونه تصرفی که موجب برهم خوردن وضع طبیعی دیوار باشد ندارند: چنان‌که مادهٔ ۱۱۸ قانون مدنی می‌گوید: «*هیچ یک از دو شریک حق ندارد دیوار مشترک را بالا ببرد یا روی آن بنا یا سرتیری بگذارد یا دریچه و رف بازکند، یا هر نوع تصرفی نماید، مگر به اذن شریک دیگر*». پس، در دیوار مشترک هیچ گاه نمی‌توان پنجره و روزنه و دریچه به خانهٔ همسایه باز کرد.

۱۲۱. خرابی دیوار:

دیوار مشترک با رضای شریکان ساخته می‌شود و هیچ کدام را نمی‌توان به احداث یا تجدید آن اجبار کرد. این است که مادهٔ ۱۲۳ قانون مدنی می‌گوید: «*اگر خانه یا زمینی بین دو نفر تقسیم شود، یکی از آنها نمی‌تواند دیگری را مجبور کند که با هم دیواری مابین دو قسمت بکشند*». در مورد خرابی دیوار مشترک مادهٔ ۱۱۵ مقرر می‌دارد: «*در صورتی که دیوار مشترک خراب شود واحد شریکین از تجدیدبنا و اجازهٔ تصرف در مبنای مشترک امتناع نماید، شریک دیگر می‌تواند در حصهٔ خاص خود تجدید بنای دیوار را کند*». و «*هرگاه احد شرکاء راضی به تصرف دیگری در مبنا باشد ولی از تحمل مخارج مضایقه نماید، شریک دیگر می‌تواند بنای دیوار را تجدید کند. و در این صورت، اگر بنای جدید با مصالح مشترک ساخته شود، دیوار مشترک خواهد بود والا مختص به شریکی است که بنا را تجدید کرده است*».(مادهٔ ۱۱۶).

۱۲۲. تخریب دیوار:

ولی، هرگاه یکی از دو شریک دیوار را خراب کند، باید آن را به مثل صورت اول بنا نماید، خواه این تخریب عمدی باشد یا به غیرعمد و خواه اتلاف به مباشرت انجام شود یا به تسبیب (مواد ۳۲۹ و ۳۴۱ ق.م.). الزام شریک به تجدید بنا ناشی از مسؤولیت تخریب مال دیگری است و نباید آن را از قواعد شرکت در مال یا احکام مجاورت در ملک شمرد: گفته شد که شریکان در تمام ذره‌های دیوار مشترک حق دارند. پس، آنکه دیوار مشترک را خراب کرده است، در واقع مال دیگران را از بین برده و باید مثل یا قیمت آن را، به منظور جبران خسارت به شریکان زیان دیده، بدهد. جبران به مثل مقدم بر

پرداخت قیمت است، چون وضع را به صورت نخست باز می‌گرداند. در نتیجه، ضمان تخریب دیوار به طور معمول به تجدید بنای آن است، مگر در دو مورد:

۱. موردی که خراب کردن دیوار لازم بوده است و ضمانی تحقق نمی‌یابد (مادهٔ ۱۱۷ ق.م.): مانند تخریب دیواری که در حال فرو ریختن است (مادهٔ ۱۲۲ ق.م.)یا برای مهار آتش ضروری است.

۲. در صورتی که تجدید بنا ممکن نیست، که در این صورت مسؤول تخریب باید بهای آن را بدهد.

۱۲۳. اجرای احکام دیوار مشترک در فاصل دیگر:

آنچه در بارهٔ احکام مربوط به دیوار مشترک گفته شد، در واقع از ویژگیهای مالکیت مشترک فاصل دو ملک است و دیوار بودن مال مشاع تأثیری در چگونگی آن ندارد. پس، اگر گودال حفر شده یا جوی آب یا مرز زراعت یا درختکاری نیز فاصل مشترک دو ملک باشد، همان احکام اجرا می‌شود. مادهٔ ۱۳۵ ق.م. نیز در این زمینه مقرر می‌دارد: «*درخت و حفیره و نحو آنها، که فاصل مابین املاک باشد، در حکم دیوار مابین خواهد شد*». پس، مالک مجاور نمی‌تواند درخت مشترک فاصل دو ملک را ببرد یا درخت دیگری به‌جای آن بکارد. معمول است که خاک نهر و حفیره فاصل در ملکی ریخته شود که نهر و حفیره متعلق به صاحب آن است[۱]

۲. دیوار اختصاصی

۱۲۴. نشانه‌های فنی تصرف اختصاصی:

فرض اشتراکی بودن دیوار محدود به موردی است که قرائن فنی دلالت بر تصرف اختصاصی یکی از مالکان نکند. اگر وضع دیوار و قرائن فنی چنان باشد، که در عرف بتوان گفت فقط یکی از مالکان بر آن مسلط است، طبق «*قاعدهٔ ید*» دیوار ملک اختصاصی او است. برای مثال، اگر بنای یکی از همسایگان به طور ترصیف به دیوار متصل باشد، یا تیرهای طاق ساختمانش بر آن قرار گرفته باشد، دیوار در تصرف او است؛ و اگر طرف دیگر مدعی باشد که بر خلاف ظواهر موجود

---

۱. رک. مرحوم دکتر سید حسین امامی، ج ۱، ص ۱۱۲.

دیوار ملک او است، باید ادعای خود را در دادگاه ثابت کند.

مادهٔ ۱۱۰ قانون مدنی برای نمونه دو قرینهٔ معمولی تصرف دیوار را بیان کرده است. به‌موجب این ماده: «*بنا بطور ترصیف و وضع سرتیر از جمله قرائن است که دلالت بر تصرف و اختصاص می‌کند.*» اگر قرائن به سود مالکان هر دو طرف موجود باشد، چون دیوار در تصرف همهٔ آنان محسوب می‌شود، طبق قاعدهٔ ید محکوم به اشتراک است، چنان‌که مادهٔ ۱۱۱ مقرر می‌دارد: «*هرگاه از دو طرف بناء متصل به دیوار بطور ترصیف باشد، و یا از هر دو طرف بر روی دیوار سرتیر گذاشته شده باشد، آن دیوار محکوم به اشتراک است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود*».

«ترصیف» اتصال منظم دو بنا است، به گونه‌ای که آجرهای آن دو به هم قفل و بست شده باشد.[1] امارهٔ ترصیف مقدم بر نشانهٔ سرتیر است، زیرا ترصیف مربوط به زمان ایجاد دیوار است و داشتن سرتیر بر روی دیوار ناظر به انتفاع از دیوار ساخته شده. مورد نزاع این است که بر چه مبنا و چگونه دیوار ساخته شده است. پس، دلالت امارهٔ ترصیف، که مربوط به همان زمان است، بر اشتراک بیش از نشانه‌های بعدی است.

با وجود این، داوری قطعی با عرف است و احتمال دارد اماره‌های قضایی و ویژهٔ هر دعوی این وضع ظاهری را تغییر دهد و دادرس را متمایل به انتخاب نظر دیگری سازد.

۱۲۵. مبنای حدود اختیار مالک:

به موجب مادهٔ ۳۰ قانون مدنی، مالک دیوار اختصاصی می‌تواند هر تصرفی را که می‌خواهد در آن بکند و، برای مثال، آن را خراب یا تعمیر کند یا پنجره و در و روزنه، به هر شکل که مایل است، بسازد. ولی، چون دیدن ملک مجاور آسایش را از مالک آن سلب می‌کند و گاه نیز، به خاطر همین موضوع، برخوردها و اختلافهای نامطلوب بین آنان ایجاد می‌شود، قانونگذار، به منظور حفظ آسایش عمومی و دفع ضرر از همسایه، اختیار مالک دیوار را محدود ساخته است. به بیان دیگر، مبانی حدود اختیار مالک حفظ صلح اجتماعی است نه حمایت از مالکیت همسایه یا نقص حق صاحب دیوار. زیرا،

---

۱. در بارهٔ استفاده از این اماره در فقه، رک. سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، ملحقات عروةالوثقی، ج ۳ (قضاء)، ص ۱۶۳.

وقتی مالک مجاور بتواند از دیوار کشیدن در ملک خود امتناع ورزد یا تمام دیوار اختصاصی را بردارد (مستفاد از مادهٔ ۱۲۳ ق.م.)، به طریق اولی باید حق باز کردن در و پنجره را در آن داشته باشد. در مادهٔ ۱۳۳ می‌خوانیم: «*کسی نمی‌تواند از دیوار خانهٔ خود به خانهٔ همسایه در باز کند، اگرچه دیوار ملک مختصی او باشد، لیکن می‌تواند از دیوار مختصی خود روزنه یا شبکه باز کند و همسایه حق منع او را ندارد. ولی همسایه هم می‌تواند جلو روزنه یا شبکه دیوار بکشد یا پرده بیاویزد که مانع رؤیت شود.*»

۱۲۶. حدود اختیار مالک نسبت به احداث در و پنجره:

به گمان بعضی، مقصود از باز کردن در، احداث راه عبور است و مالک دیوار تنها از این جهت ممنوع شده است، ولی نسبت به احداث پنجره، به هر قطع و اندازه که باشد، اختیار کامل دارد. ولی این تصور با مفاد مادهٔ ۱۳۳ و حکمت انشاء آن منافات دارد: اگر مقصود از باز کردن در فقط ایجاد راه عبور باشد، باید گفت مادهٔ ۱۳۳ فقط ناظر به طبقهٔ اول ساختمانهاست و مالک در طبقات بالاتر آزادی کامل دارد، در حالی که قبول این راه‌حل، نه تنها با ظاهر ماده مباینت دارد، نامعقول و غیرمنطقی است. ممکن نبودن عبور از خانهٔ غیر و انحصاری بودن حق مالکیت، اختصاص به روابط مالکان مجاور ندارد و از آثار عمومی مالکیت است، و آوردن آن در مبحث آثار و احکام املاک مجاور بسیار بعید است.

معانی درست شبکه و روزنه و در را باید در عرف جستجو کرد: ۱) شبکه سوراخهای متعددی است که پهلوی هم، به منظور استفاده از نور و هوا، در دیوار احداث می‌کنند و، بدین لحاظ که دیوار در اثر سوراخها مشبک می‌شود، آن‌را شبکه می‌نامند. نمونه‌هایی از این شبکه‌ها در خانه‌ها و مدارس قدیمی هنوز هم دیده می‌شود. ۲) روزنه نیز سوراخ کوچکی است که، برای استفاده از روشنائی، در حمام‌ها و آسیاها و پاره‌ای از خانه‌های روستائی و زیرزمین‌ها مورد استفاده قرار می‌گیرد.

در، به محلی گفته می‌شود که، به خلاف روزنه و شبکه، ثابت نیست و قابلیت باز و بسته شدن را دارد و به اندازه‌ای وسیع است که انسان به آسانی می‌تواند از داخل به بیرون خم شود یا از آن خارج گردد. پس، برای آنکه پنجره‌ای شبکه محسوب شود، یا باید به صورت مشبک و در بنا ثابت باشد، یا حفاظ ثابت و مشبکی در برابر آن نصب

گردد، به گونه‌ای که همسایه قادر به سرکشی یا خروج از آن نباشد.

۱۲۷. نهادن سرتیر بر دیوار اختصاصی:

یکی از ماده‌های شایع نزاع بین همسایگان، از دیر باز اختلاف در بارهٔ اختیار مالکی بوده است که به همسایه اذن می‌داد تا سرتیر بنای خود را بر دیوار او نهد و پس از آن می‌خواست از این قید رها شود: مالک ادعا می‌کرد که با اذن دادن هیچ التزامی را به عهده نگرفته و حقی به همسایه نداده است، پس اکنون می‌تواند از اذن عدول کند و از همسایه بخواهد که دیوار را از آن بارگران رها سازد. همسایه عذر می‌آورد که این اقدام زیانی ناروا به بار می‌آورد و بنای درخواست او و احسان مالک از آغاز این بوده است که تا عمارت او بر پا است تیرها باقی بماند و هیچ عاقلی بنای خود را بر پایهٔ لرزان اذن ساده نمی‌نهد. فقیهان و دادرسان نیز بر سر جمع این دو حق یا حکومت یکی بر دیگری اختلاف داشتند. پیشنهادها گوناگون و فراوان است و از جمله گفته‌اند:

۱) مالک می‌تواند هر گاه بخواهد از اذن خود رجوع کند، زیرا برای همسایه حقی به وجود نیامده و تنها انتفاع از دیوار بر او مباح شده است.[۱]

۲) مالک حق ندارد از اذن رجوع کند، چرا که بنای دو طرف بر ایجاد التزام است؛[۲]

۳) برای جمع دو حق، باید پذیرفت که مالک اختیار رجوع از اذن را دارد، ولی باید خسارت ناشی از این اقدام را بپردازد.[۳]

۴) رجوع از اذن تا جایی که با ضرر همسایه برخورد ندارد ممکن است. پس، مالک می‌تواند با رجوع از اذن در برابر انتفاع از دیوار اجرت‌المثل بخواهد، ولی اختیار خلع ید همسایه را ندارد.

بخش مهمی از این اختلاف به تعبیر تراضی دو طرف باز می‌گردد، زیرا همه پذیرفته‌اند که اگر مقصود ایجاد التزام برای مال و استقرار حق برای همسایه باشد، باید از آن پیروی کرد. پس، سؤال اصلی در فرضی طرح می‌شود که هدف اذن ساده است و

---

۱. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱، ص ۲۷۱.

۲. صاحب شرایع در احکام صلح در همین زمینه می‌نویسد: «... و لو اذن جازله الرجوع قبل الوضع اجماعاً، و بعد الوضع لایجوز، لان المراد به التأبید، و الجواز حسن مع الضمان» (ص ۳۷۱ با تعلیقات سید صادق شیرازی).

۳. همان کتاب.

ملاحظات اجتماعی و پرهیز از ضرر نامتعارف همسایه بر سر راه نفوذ رجوع او قرار می‌گیرد:

ماده ۱۲۰ ق.م. در این باره مقرر می‌دارد: «*اگر صاحب دیوار به همسایه اذن بدهد که به‌روی دیوار او سرتیر بگذارد یا روی آن بنا کند، هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند، مگر اینکه به وجه ملزمی این حق را از خود سلب کرده باشد.*» این حکم بر پایهٔ احترام به قصد مشترک یا ارادهٔ مالک است، چنان‌که در پایان حکم جواز رجوع آمده است که سلب حق از راهی الزام‌آور مانع آن می‌شود. پس، به عنوان مقدمهٔ بحث باید دید «*وجه ملزم*» در دید قانونگذار ما چیست؟

بر طبق اصل آزادی قراردادی (مادهٔ ۱۰ ق.م.) برای نفوذ تراضی و ایجاد التزام هیچ قالب پیش‌ساخته‌ای ضروری نیست؛ منبع نیروی الزام‌آور قرارداد مفاد تراضی و ارادهٔ دو طرف است نه صورت آن و هیچ ضرورتی ندارد که التزام در قالب عقد معین لازم (مانند بیع و نکاح) یا شرط ضمن آن بیان شود.[1] پس، به‌جای تکیه بر عنوانها و صورتها، باید در جستجوی ارادهٔ واقعی دو طرف بود (العقود تابعة للقصود) و اگر احراز شود که مفاد تراضی یا بنای دو طرف بر ایجاد التزام است، از آن پیروی کرد. از این هم باید پا را فراتر نهاد: اسقاط حق با ارادهٔ صاحب آن انجام می‌شود و نیاز به تراضی ندارد، چنان‌که در «*ابراء*» قانون مدنی پذیرفته است که ارادهٔ طلبکار به تنهایی (ایقاع) سبب سقوط حق بر بدهکار شود، هرچند او در ایجاد این سبب دخالت نداشته باشد یا با آن مخالفت کند. مادهٔ ۲۸۹ ق.م. در تعریف «*ابراء*» می‌گوید: «*عبارت از این است که داین از حق خود به اختیار صرفنظر نماید*» و مادهٔ ۲۹۱ ق.م. ابراء ذمهٔ میت از دین را صحیح می‌داند و این نشان می‌دهد که ارادهٔ بدهکار هیچ نقشی در سلب حق طلبکار ندارد.[2] همین قاعده در اسقاط حق خیار نیز اعمال شده است.

پس از این مقدمه، حدود حق مالکیت صاحب دیوار را در دو فرض می‌توان مطالعه کرد:

---

۱. برای دیدن نظر مخالف که «وجه ملزم» را منحصر به شرط ضمن عقد لازم می‌داند، رک. مرحوم دکتر سید حسن امامی، ج ۱، ص ۱۰۳ ـ و در نقد این نظر در استنباط از مادهٔ ۶۷۹ ق.م.: ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۴، ش ۱۲۱ به بعد؛ و برای ملاحظهٔ اصل آزادی قراردادی: همین دورهٔ مقدماتی، اعمال حقوقی، ش ۵۲ به بعد؛ قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ش ۸۵ به بعد.

۲. دربارهٔ اصل آزادی ایقاع و نفوذ آن در اسقاط حق، رک. ناصر کاتوزیان، ایقاع، ش ۴۷.

۱. در موردی که صاحب دیوار بی‌هیچ قیدی به همسایه اذن می‌دهد که سرتیر عمارت خود را بر آن بگذارد، اگر قرینهٔ مخالفی نباشد، می‌توان ادعا کرد که مقصود ایجاد حق به سود همسایه بوده است: بدین معنی که او حق دارد، تا زمانی که ساختمان همسایه و دیوار پابرجا است، از دیوار به عنوان تکیه‌گاه تیر عمارت استفاده کند. زیرا، هیچ عاقلی بر مبنای اذن ساده چنین خطری را استقبال نمی‌کند و عرف از این گفتهٔ مالک تنها اباحه و اذن نمی‌فهمد و او را ملتزم به نگاهداری پیمان خویش می‌داند (مادهٔ ۲۲۴ ق.م.). منتها، حق ناشی از التزام اذن دهنده را نباید *«حق ارتفاق»* دانست؛ آنچه واقع شده *«عاریه دائم»* است: مانند عاریه دادن برای رهن.[1] به همین جهت هم جنون یا مرگ اذن‌دهنده آثار آن را از بین نمی‌برد و اباحهٔ انتفاع تا زمان بقای دیوار و عمارت متکی بر آن باقی است.

۲. در صورتی که احراز شود مقصود دادن اذن ساده و ایجاد اباحه بوده است، صاحب دیوار می‌تواند از آن رجوع کند (مادهٔ ۱۲۰ ق.م.)، مشروط بر اینکه هدف او رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد (مادهٔ ۱۳۲ ق.م.). در فرضی که مالک به قصد آزار یا خرید به بهای ناچیز ملک همسایه یا به انگیزه‌های ناپسند دیگر بخواهد از اذن رجوع کند، دادگاه می‌تواند به استناد منع *«سوء استفاده از حق به قصد اضرار»* از اقدام مالک جلوگیری نماید. اصل ۴۰ قانون اساسی ضابطه را با این عبارت معین ساخته است: **«هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.»**[2]

۱۲۸. منع از تجدید تصرف دیوار:

تفاوت مهم حقی که همسایه در نتیجهٔ اذن همراه با التزام (عاریهٔ دائم) پیدا می‌کند[3] با *«حق ارتفاق»* در این است که حق ارتفاق همچون مالکیت مستمر و دایمی است و تغییر وضع استفاده آن را از بین نمی‌برد، ولی التزام اذن دهنده ناظر به حفظ وضع موجود و

---

۱. رک. ش ۱۲۸.

۲. دربارهٔ نظریهٔ سوءاستفاده از حق؛ الزامهای خارج از قرارداد، ضمان قهری، ج ۱، (مسؤولیت مدنی)، ش ۱۷۸ به بعد.

۳. شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۲۵۹.

مقید به همان شرایط است.[۱] در نتیجه، اگر مالک سرتیر یا عمارت به دلیلی دیوار را رها کند یا حادثه‌ای (مانند خرابی دیوار و پوسیدگی تیرها) باعث از بین رفتن وضع موجود شود، تجدید استفاده و تصرف در دیوار نیاز به اذن دوباره دارد. این است که مادهٔ ۱۲۱ اعلام می‌کند: *«هرگاه کسی به اذن صاحب دیوار بر روی دیوار سرتیری گذارده باشد و بعد آن را بردارد، نمی‌تواند مجدداً بگذارد، مگر به اذن جدید از صاحب دیوار و همچنین است سایر تصرفات»*. این ماده تنها برداشتن سرتیر را پیش‌بینی کرده است، ولی چون مبنای از بین رفتن اذن پایان یافتن مفاد آن در اثر تغییر وضع موجود است، این ملاک در هر مورد (به هر دلیل که دگرگونی وضع رخ دهد) که احراز شود همان اثر را دارد. پس، اگر در اثر زلزله دیوار و ساختمان متکی بر آن خراب شود و اذن دهنده دوباره دیوار را بسازد، همسایه نمی‌تواند به استناد وضع گذشته خود را مختار در نهادن سرتیر عمارت جدید بر آن دیوار بداند؛ در حالی که اگر حق ارتفاق می‌داشت این ادعا مقبول بود. این تفاوت در مادهٔ ۱۲۴ ق.م. آشکارا دیده می‌شود: در این ماده می‌خوانیم: *«اگر از قدیم سرتیر عمارتی روی دیوار مختصی همسایه بوده و سابقهٔ این تصرف معلوم نباشد، باید به حال سابق باقی بماند؛ و اگر به سبب خرابی عمارت و نحو آن سرتیر برداشته شود، صاحب عمارت می‌تواند آن را تجدید کند و همسایه حق ممانعت ندارد، مگر اینکه ثابت نماید وضعیت سابق به صرف اجازهٔ او ایجاد شده است.»* فرض نخست ظهور در ایجاد حق ارتفاق دارد (امارهٔ تصرف)، فرض دوم به اذن در انتفاع مربوط می‌شود.

۱۲۹. آیا می‌توان همسایه را به تجدید بنای دیوار اجبار کرد؟

مادهٔ ۱۱۴ ق.م. در مورد دیوار مشترک اعلام می‌کند: *«هیچ یک از شرکاء نمی‌تواند دیگری را اجبار بر بنا و تعمیر دیوار مشترک نماید، مگر اینکه دفع ضرر به نحو دیگر ممکن نباشد.»* بنابراین، حکم نخستین در رابطهٔ دو همسایه این است که، اگر دیوار مشترک خراب شود، هیچ یک از شریکان را نمی‌توان به تجدید بنای دیوار اجبار کرد. ولی، این حکم در دو مورد تعدیل شده است: ۱) دفع ضرر به نحو دیگر ممکن نباشد،

---

۱. از تفاوتهای دیگر این است که پیش از نهادن سرتیر همیشه می‌توان از اذن رجوع کرد، ولی حق ارتفاق قابل رجوع نیست.

۲) شریکی، بی‌آنکه ضروری باشد، دیوار را خراب کند.

ولی، دربارهٔ دیوار اختصاصی حکم صریحی در قانون مدنی دیده نمی‌شود و این سؤال را مطرح می‌سازد که آیا می‌توان حکم مادهٔ ۱۱۴ ق.م. را در دیوار اختصاصی نیز اجراء کرد؟ و اگر چنین قیاسی ممکن است، آیا استثناهای حکم مادهٔ ۱۱۴ نیز در دیوار اختصاصی قابل اجراء است؟

۱. در مورد بخش نخست سؤال، پاسخ این است که بیگمان هیچ همسایه نمی‌تواند مالک مجاور را به تعمیر یا ساختن دیوار اختصاصی خود اجبار کند. این نتیجه یکی از آثار اجرای اصل تسلیط و اصل نداشتن ولایت بر دیگری است و مادهٔ ۱۱۴ ق.م. نیز یکی از مصداقهای اجرای این دو اصل است و مفاد مادهٔ ۱۲۳ ق.م. که می‌گوید: «*اگر خانه یا زمینی بین دو نفر تقسیم شود، یکی از آنها نمی‌تواند دیگری را مجبور کند که با هم دیواری ما بین دو قسمت بکشند.*»

۲. ولی، در مورد بخش دوم، این تردید منطقی است که آیا طبیعت استثنایی جملهٔ «*مگر اینکه دفع ضرر به نحو دیگر ممکن نباشد*» مانع از سرایت آن به دیوار اختصاصی است یا باید آن را از مصداقهای حکومت قاعدهٔ لاضرر بر تسلیط شمرد و در دیوار اختصاصی نیز رعایت کرد؟ احتمال دوم به نظر قوی‌تر می‌رسد، زیرا همان‌گونه که پرهیز از اضرار به همسایه می‌تواند مانع از تصرفهای نامتعارف و آمیخته با قصد آزار مالک شود (مادهٔ ۱۳۲ ق.م.)، ممکن است او را اجبار به پاره‌ای از تصرفهای متعارف سازد و هیچ تفاوتی میان اعمال مثبت و منفی زیان‌آور و نامتعارف نیست. پیش از این تردید داشتند که بتوان برای دفع ضرر از دیگران مالک را اجبار به تصرف کرد، ولی ضرورتهای زندگی در شهرها و لزوم همزیستی همشهریان حق مالکیت را محدود می‌سازد و دیگر نباید آن را مطلق شمرد: در صورتی که همسایه بتواند با دیوارکشیدن در ملک خود دفع ضرر کند، بیگمان اجبار مالک لازم نیست، ولی، در فرضی که به دلیل وضع ویژهٔ ملک این کار ناممکن یا مستلزم ضرری تحمل ناپذیر و ناروا باشد، در اجبار او تردید نباید کرد. زیرا، این اهمال نامتعارف سبب برهم خوردن خانواده‌ها و نقص در مالکیت همسایه می‌شود.

ج. مالکیت طبقه‌های ساختمان (آپارتمان)

۱۳۰. اماره‌های اشتراک و اختصاص:

در صورتی که طبقات ساختمانی به چند نفر تعلق داشته باشد، در مالکیت دیوارهای عمارت و به ویژه سقف مشترک بین مالکان اختلاف می‌شود. در این گونه موارد، اگر اصحاب دعوی دلیلی بر مالکیت خود اقامه نکنند از راه تشخیص متصرف باید فصل خصومت گردد، و مالک بخشهای مورد نزاع معین شود.

قانون مدنی در موارد ۱۲۶ و ۱۲۷ دلائل عرفی تصرف را در این بخشها بدین شرح بیان کرده است:

طبق مادهٔ ۱۲۶: «*صاحب اطاق تحتانی نسبت به دیوارهای اطاق و صاحب فوقانی نسبت به دیوارهای غرفه بالاختصاص، و هر دو نسبت به سقف مابین اطاق و غرفه بالاشتراک، متصرف شناخته می‌شوند.*» و طبق مادهٔ ۱۲۷: «*پلهٔ فوقانی ملک صاحب طبقهٔ فوقانی محسوب است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.*»

۱۳۱. مبنای تنظیم رابطهٔ مالکان:

در مواردی که هر طبقه از ساختمان مالک مستقل داشته باشد، یا هرچند اتاق و لوازم آن واحد ساختمانی مستقل را به‌وجود آورد (آپارتمان)، تنظیم روابط این همسایگان از نظر حقوقی و اجتماعی اهمیت خاص دارد. در این گونه ساختمانها دو قسم از مالکیت به چشم می‌خورد:

۱) مالکیت مستقل و جدای هر یک از مالکان در بخشهای اختصاصی؛

۲) مالکیت مشترک آنان در اجزایی از ساختمان که مورد استفادهٔ همه قرار می‌گیرد.

مطابق قاعدهٔ کلی، هر یک از مالکان حق دارد در ملک اختصاصی خود هر تصرفی که می‌خواهد بکند و در ملک مشترک، هیچ یک از شریکان نمی‌تواند بدون اذن سایرین دخالت کند. ولی ضرورتهای این زندگی مشترک ایجاب می‌کند که هیچ یک از این دو قاعده به طور کامل اجرا نشود و در پاره‌ای موارد تعدیل گردد.

۱۳۲. حدود اختیار مالک در بخشهای اختصاصی:

بر طبق مادهٔ ۱ آیین نامهٔ اجرایی قانون تملک آپارتمانها، مصوب ۱۳۴۷: «*قسمتهایی از بنا اختصاصی تلقی می‌شود که عرفاً برای استفادهٔ انحصاری شریک ملک معین یا قائم مقام او تخصیص یافته باشد.*»

حدود اختیار مالک در بخشهای اختصاصی همانست که در توضیح مادهٔ ۱۳۲ آمد و مادهٔ ۱۲۵ نیز در تأیید آن می‌گوید: «*هرگاه طبقهٔ تحتانی مال کسی باشد و طبقهٔ فوقانی مال دیگری، هر یک از آنها می‌تواند بطور متعارف در حصهٔ اختصاصی خود تصرف کند...*» با وجود این «*هیچ یک از مالکین حق ندارد، بدون موافقت اکثریت سایر مالکین، تغییراتی در محل یا شکل در یا سردر یا نمای خارجی در قسمت اختصاصی خود، که در مرئی و منظر باشد، بدهد*» (مادهٔ ۹ قانون تملک آپارتمانها).

نکته‌ای که دربارهٔ مالکیت این قسمتها جلب توجه می‌کند، ارتباط ناگسستنی آن با قسمتهای مشترک است. به موجب مادهٔ ۳ قانون تملک آپارتمانها مصوب ۴۳/۱۲/۱۶: «*حقوق هر مالک در قسمت اختصاصی و حصهٔ او در قسمتهای مشترک غیرقابل تفکیک بوده و در صورت انتقال قسمت اختصاصی، به هر صورتی که باشد، انتقال قسمت مشترک قهری خواهد بود.*»

۱۳۳. ادارهٔ بخشهای مشترک:

مادهٔ ۲ قانون تملک آپارتمانها در تعیین این بخش اعلام می‌کند: «*قسمتهای مشترک مذکور در این قانون عبارت از قسمتهایی از ساختمان است که حق استفاده از آن منحصر به یک یا چند آپارتمان یا محل پیشهٔ مخصوص نبوده و به کلیهٔ مالکین به نسبت قسمت اختصاصی آنها تعلق می‌گیرد. به‌طور کلی، قسمتهایی که برای استفادهٔ اختصاصی تشخیص داده نشده است یا در اسناد مالکیت ملک اختصاصی یک یا چند نفر از مالکین تلقی نشده از قسمتهای مشترک محسوب می‌شود، مگر آنکه تعلق آن به قسمت معینی بر طبق عرف و عادتِ محل مورد تردید نباشد.*»[1]

در مورد قسمتهای مشترک، مانند پله‌ها و سقف بین دو طبقه یا دیوار بین آپارتمانها،

---

۱. برای دیدن تفصیل اجزاء مشترک، رک. مواد ۳ و ۴ آئین‌نامهٔ اجرایی قانون مصوب ۱۳۴۷.

باید بین تصرفاتی که لازمهٔ استفاده از آنهاست و تغییر در ساختمان نمی‌دهد با تصرفاتی که وضع ساختمان را دگرگون می‌سازد یا تعمیر قسمتهای مشترک آن را ایجاب می‌کند، تفاوت گذارد:

۱. هر یک از مالکان می‌تواند در حدود متعارف از قسمتهای مشترک استفاده کند، مشروط بر اینکه مزاحم دیگری نباشد. بنابراین، مالکان طبقه‌های بالا می‌توانند از پلهٔ مشترک عبور کنند، مالک طبقهٔ تحتانی می‌تواند سقف را سفید کند یا به آن چراغ بیاویزد، و مالک طبقهٔ فوقانی بر روی آن رفت و آمد کند یا اثاث منزل خود را بگذارد؛ ولی، ایجاد صداهای ناهنجار و حرکات شدید بر روی سقف طبقهٔ پایین ممنوع است، هرچند که این تصرفات در ملک مستقل متعارف باشد (مادهٔ ۱۲۵ قانون مدنی).

۲. تغییر و تصرف در هر یک از قسمتهای مشترک باید با موافقت سایر شریکان باشد، و هزینهٔ تعمیر و نگاهداری آن به عهدهٔ همهٔ مالکان به تناسب سهم آنهاست. مادهٔ ۴ قانون تملک آپارتمانها در این باب می‌گوید: «*حقوق و تعهدات و همچنین حصهٔ هر یک از مالکان قسمتهای اختصاصی از خارج قسمتهای مشترک متناسب است با نسبت مساحت قسمت اختصاصی به مجموع مساحت قسمتهای اختصاصی تمام ساختمان، بجز آنچه که به موجب این قانون استثناء شده باشد، یا اینکه قرارداد مالکین ترتیب دیگری را برای تقسیم حقوق و تعهدات و مخارج پیش‌بینی کرده باشد.*»[1]

۱۳۴. الزامهای ناشی از زندگی جمعی؛ حکومت ارادهٔ اکثریت:

در مورد ادارهٔ قسمتهای مشترک، بین قانون مدنی و قانون تملک آپارتمانها تفاوت بسیار است: به موجب قانون مدنی، هیچ یک از شریکان را اصولاً نمی‌توان اجبار به تعمیر کرد (مادهٔ ۱۲۸) مگر اینکه دفع ضرر از راه دیگری ممکن نباشد (مستفاد از مادهٔ ۱۱۴) یا قراردادی از سابق آنان را ملزم ساخته باشد (مادهٔ ۱۲۹). ولی، در قانون تملک آپارتمانها، ارادهٔ اکثریت مالکانی که بیش از نصف مساحت تمام قسمتهای اختصاصی را دارا هستند بر دیگران تحمیل می‌شود، و حتی به موجب مادهٔ ۷: «*در هر ساختمان مشمول مقررات این قانون، در صورتی که عدهٔ مالکین بیش از سه نفر باشد، مجمع*

---

۱. برای دیدن قواعد ادارهٔ امور ساختمان، رک. مواد ۵ به بعد آئین‌نامهٔ قانون مصوب ۱۳۴۷.

عمومی مالکان مکلفند مدیر یا مدیرانی از بین خود یا از خارج انتخاب نمایند...» با این ترتیب، قانونگذار بوسیلهٔ فرض نوعی شخصیت حقوقی ناقص، محدودیت تازه‌ای برای حق مالکیت ایجاد کرده است.

مادهٔ ۶ اصل حکومت اکثریت را بدین عبارت بیان می‌کند: «*چنانچه قراردادی بین مالکین ساختمان وجود نداشته باشد، کلیهٔ تصمیمات مربوط به اداره و امور مربوط به قسمتهای مشترک به اکثریت آراء مالکینی است که بیش از نصف مساحت تمام قسمتهای اختصاصی را مالک باشند.*» بنابراین، مقصود اکثریت عددی مالکان نیست؛ اکثریت عددی است که بیش از نیمی از کل ساختمان را مالک باشند. باید دانست که اجرای ارادهٔ اکثریت تنها در امور اداری و تعمیرات ضروری ممکن است و به استناد آن نمی‌توان در ساختمان تغییر عمده داد یا بر طبقات آن افزود.

۱۳۵. تصرف در فضا:

فضای مقابل ساختمان، مشاع بین مالکان است و هیچ کدام بدون اذن دیگری حق تصرف را ندارد. به اضافه، ساختن طبقهٔ جدید با حق مالکیت اختصاصی شریک دیگر نیز منافات دارد. این تعارض در مورد مالک طبقهٔ پایین آشکار است، زیرا اگر او بخواهد بنائی در بالای طبقهٔ فوقانی بسازد، ناچار است که از سقف آن به عنوان کف اطاقها استفاده کند و دیوارهای ساختمان نو را بر دیوارهای آن بگذارد و این حق را ندارد. ولی، در مورد مالک طبقهٔ بالا، که سقف و دیوارهای جانبی را به‌طور مستقل مالک است، تصور این تعارض دشوارتر می‌نماید.

با وجود این، در ممنوع بودن آن تردید نباید کرد. درست است که مالک طبقهٔ بالا حق دارد دیوارهای ملک خود را بر دیوارهای طبقهٔ پایین بنا کند، ولی این حق ارتفاق تنها دربارهٔ ساختمان موجود است و شامل بار اضافی نیست. در واقع، مالک طبقهٔ بالا می‌خواهد دیوارهای جدید را به‌طور غیرمستقیم بر ساختمان طبقهٔ پایین گذارد و این اقدام نیازمند ایجاد حق ارتفاق دیگری است.

۱۳۶. حقوق و تکالیف خریدار آپارتمان:

قانون تملک آپارتمانها، برای احتراز از هرگونه ابهام دربارهٔ حقوق خریدار آپارتمان،

در مادهٔ ۱۰ به حق مالکیت او در بخشهای اختصاصی و اشتراکی اشاره می‌کند:

«هر کس آپارتمانی را خریداری می‌نماید، به نسبت مساحت قسمت اختصاصی خریداری خود در زمینی که ساختمان روی آن بنا شده یا اختصاص به ساختمان دارد مشاعاً سهیم می‌گردد، مگر آنکه مالکیت زمین مزبور، به علت وقف یا خالصه بودن یا علل دیگر، متعلق به غیر باشد که در این صورت باید اجور آن را به همان نسبت بپردازد. مخارج مربوط به محافظت ملک و جلوگیری از انهدام و اداره و استفاده از اموال و قسمتهای مشترک و به‌طور کلی مخارجی که جنبهٔ مشترک دارد و یا به علت طبع ساختمان یا تأسیسات آن اقتضا دارد یک جا انجام شود نیز باید به تناسب حصهٔ هر مالک (به ترتیبی که در آئین‌نامه ذکر خواهد شد) پرداخت شود، هرچند آن مالک از استفاده از آنچه که مخارج برای آن است صرفنظر نماید.»

گفتار دوم ـ محدودیتهای ناشی از اشاعه

۱۳۷. اشاعهٔ اختیاری و قهری:

تاکنون بسیاری از احکام اشاعه را در دیوار مشترک و فاصل بین دو ملک و بخشهای مشترک در آپارتمان و مالکیت طبقه‌های ساختمان و مشترکات عمومی دیده‌ایم و اشاره‌ای هم به اشاعهٔ ترکه میان وارثان و وضع حقوقی آن پیش از تصفیه داشته‌ایم. به اجمال دیدیم که حق مالکیت مشاع محدود به موانع ناشی از این اختلاط است: در مالکیت جمعی هیچ یک از شریکان و صاحبان حق آزادی مالک فردی و اختصاصی را ندارد و حتی در مشترکات عمومی آنچه به عموم تعلق دارد به دشواری به مالکیت می‌ماند و به انتفاعی محدود و هدایت شده نزدیک‌تر است. ولی، از این احکام پراکنده که با ویژگیهای موضع آمیخته، نظریهٔ عمومی برای اشاعه به دست نمی‌آید؛ به ویژه که بیشتر آنها ناظر به اشاعه‌های قهری و تبعی است و از تفاوتهای چشمگیر آنها با اشاعهٔ عادی یا اختیاری نمی‌توان گذشت:

۱. در این گونه اشتراکها، مالکیت مشاع از آن مالکان شییء دیگری است که برای انتفاع از ملک خود در آن شرکت دارند (مانند دیوار مشترک و پایه‌ها و زمین مشترک در آپارتمان و محل عبور و آبراه مشترک) و گریزی از بقاء در شرکت ندارند و به همین جهت

نیز آنها را اشاعه‌های قهری نامیده‌اند.[1] ولی، در اشاعهٔ عادی بقای در شرکت اختیاری است و هر شریک می‌تواند، جز در مواردی که به حکم قانون یا قرارداد بقای شرکت الزامی است، تقسیم مال مشترک را از دادگاه بخواهد (مادهٔ ۵۸۹ ق.م.).

۲. اختیار مالک مشاع نیز در این دو قسم یکسان نیست: در شرکت قهری، چون ادارهٔ مستمر مال مشاع نیاز به نظمی دارد که گاه به منافع عمومی نیز مربوط می‌شود، تمایل قانونگذار به ایجاد سندیکایی از شریکان و ادارهٔ مال مشاع با ارادهٔ اکثریت یا نمایندهٔ آنان است، چنان‌که در ادارهٔ آپارتمانها دیدیم. ولی، در اشاعهٔ عادی، چون فرض این است که شریکان با توافق در شرکت مانده‌اند، ادارهٔ شرکت نیز به قرارداد خصوصی واگذار شده است (مواد ۵۷۶ـ۵۷۸ ق.م.).

۳. در اشاعهٔ قهری و تبعی، طبع مال مشترک و موقعیت آن ایجاب می‌کند که انتفاع معهود برای تمام شریکان فراهم باشد: برای مثال، در دیوار مشترکی که دو ساختمان بر آن تکیه داده شده، استفادهٔ جمعی هر دو شریک احترازناپذیر است. به همین جهت، هیچ‌یک از شریکان هم حق ندارد مانع استفادهٔ دیگران شود، چنان‌که مادهٔ ۱۳۴ ق.م. دربارهٔ محل عبور و مجرای مشترک اعلام می‌کند: «هیچ یک از اشخاصی که در یک معبر یا یک مجری شریکند، نمی‌توانند شرکاء دیگر را مانع از عبور یا بردن آب شوند» و گفته شد که از ملاک این ماده می‌توان برای دیوار مشترک نیز استفاده کرد (ش ۱۱۸). ولی در اشاعهٔ عادی، تصرف باید به توافق انجام پذیرد.

۴. در اشاعهٔ قهری اختیار مالک نیز محدود به استعمالی است که مال مشترک به آن اختصاص یافته است و فراتر از آن نمی رود، چنان‌که مالک آپارتمان نمی‌تواند مالکیت تبعی بر بخشهای مشاع را به دیگری بفروشد یا مصرف آن را تغییر دهد و همچنین است در محل عبور و مجرای مشترک. در واقع، ملک اصلی در توابع مشترک نوعی حق ارتفاق وابسته به آن دارد که از هم جدا شدنی نیست. ولی، در اشاعهٔ عادی هر مالک می‌تواند به دلخواه در سهم مشاع خود تصرف حقوقی کند (مادهٔ ۵۸۳ ق.م.).

---

۱. پلنیول و ریپر، ج ۳ به وسیلهٔ پیکار، ش ۲۹۳ ـ مازو و شاباس، دروس حقوق مدنی، ج ۲، اموال، ش ۱۳۱۵. اصطلاح قهری در این باره به اعتبار بقای در شرکت است نه ایجاد آن و نباید آن را با شرکت قهری به اعتبار ایجاد اشاعه (مانند مزج قهری و میراث) اشتباه کرد. قانون مدنی نوع اخیر شرکت قهری را پیش‌بینی کرده است (مادهٔ ۵۷۴).

۱۳۸. تمهید نظریهٔ عمومی:

از آنچه گفته شد دشواری تمهید نظریهٔ عمومی اشاعه آشکار می‌شود: تفاوتهای اشاعهٔ قهری و تبعی با اشاعهٔ عادی مانع از این است که بتوان قواعد عمومی حاکم بر تمام انواع اشاعه را فراهم آورد. راه معقول این است که قواعد مربوط به اشاعهٔ عادی را استخراج کرد و، هرجا که حکم ویژه‌ای در اشاعه‌های قهری وجود ندارد و از طبیعت و موقع مال مشترک نیز استنباط مخالفی نمی‌شود، به آن قواعد روی آورد. قدر جامع بین این دو اشاعه مفهوم مالکیت فردی هر یک از شریکان است: یعنی، هر شریک حق ویژهٔ خود را که پراکنده در مجموع است دارد؛ منتها در فرضی که تقسیم مال مشترک امکان دارد، آن حق منتشر قابل تمیز است و کارشناس باید با تعدیل سهام یا افراز سهم هر شریک را معین سازد. ولی، در اشاعه‌های قهری، به دلیل طبع مال یا ضررهای فاحش ناشی از آن، حق از حالت اختلاط فراتر می‌رود و به حال ترکیب نزدیک می‌شود.

در اموال عمومی، این ترکیب کامل است: تمام مردم یا گروه معینی از آنان حقی مالکیت‌گونه بر مال عمومی دارند، ولی حاصل این ترکیب تجزیه‌ناپذیر اوصاف حق مالکیت را ندارد و به همین جهت نظریه‌های حقوقی متمایل به شناسایی مالکیت محدود دولت شده و نام آن را «*مالکیت اداری*» نامیده است؛ کنایه از اینکه اموال عمومی یا انفال بخشی از اموال دولتی است که به خدمات عمومی اختصاص داده شده و گاه عموم مردم به‌طور مستقیم حق انتفاع از آن را دارند.[1]

برای تهیه نظریهٔ عمومی، باید از قواعد مربوط به مالکیت و شرکت و احکام پراکندهٔ در قانون مدنی یاری خواست و از اختلاط مفهوم اشاعه با نهادهای مشابه پرهیز کرد:

الف. مفهوم اشاعه

۱۳۹. تحلیل مالکیت به اشتراک یا مشاع:

چنان‌که گفته شد، در اشاعه مالکیت هر جزء مال بین چند شخص مشترک است. حق مالکیت هر شریک منتشر در مجموع مال است و تصرف و انتفاع از هیچ بخشی در

---

۱. رک. ش ۶۷.

انحصار او نیست. تمام شریکان بر مال حق عینی دارند، ولی این حق به تناسب سهمی است که در این مجموعه به هر کدام تعلق دارد: چنان‌که می‌گویند فلان شریک مالک دو دانگ مشاع از خانه است و چهاردانگ به وارثان شریک دیگر تعلق دارد: بدین ترتیب، باید گفت: سهم هر شریک از نظر مادی و جغرافیایی تمام مال و از لحاظ حقوق واعتباری نسبت معیّنی از آن است و معنی مادهٔ ۵۷۱ ق.م. که می‌گوید: «*شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شییء واحد به نحو اشاعه*» در این تحلیل روشن می‌شود. شرکت «*به نحو اشاعه*» در برابر شرکت «*به نحو بدلیت*» است (مانند شرکت مستمندان در مالی که به سود آنان وصیت شده است و شرکت مسافران در انتفاع از مهمانسرای عمومی یا نمازگزاران در مسجد)[1] زیرا در قسم اخیر حقی که شریکان دارند از سنخ مالکیت نیست.

نکته‌ای که در این مالکیت جمعی اهمیت فراوان دارد، حفظ چهرهٔ فردی و استقلال مالکیت هر شریک است: در عین حال که هیچ شریکی حق انحصاری بر تمام یا بخشی از عین ندارد و مصداق خارجی حق او معین نیست، حق هر شریک در جهان اعتبار فردی و مستقل است و تنها به او تعلق دارد. از چهرهٔ فردی و مستقل سهم هر شریک دو نتیجهٔ مهم به دست می‌آید:

۱) شریک مال مشاع می‌تواند در سهم ویژهٔ خود تصرف حقوقی کند؛ آن را بفروشد یا اجاره دهد (مواد ۳۵۰ و ۴۷۵ ق.م.).

۲) سهم هر شریک به تنهایی نیز حق مالکیت است و تمام اوصاف آن را داراست.

پس، اگر شخصی مالک منافع مالی باشد و دیگری مالک عین، مالکیت آن دو را مشاع نمی‌گویند. همچنین است فرضی که شخصی حق انتفاع و دیگری حق استعمال مالی را دارد: به بیان دیگر، در مالکیت مشاع حق مالکیت تجزیه نمی‌شود و حق هر شریک با دیگران مخلوط و به هم پیچیده است و با آنها ترکیب نشده است تا اوصاف ذاتی خود را از دست بدهد.

طبیعی است که این زندگی جمعی از قلمرو و کمال همهٔ آنها می‌کاهد و باعث

---

۱. سید محمد باقر شفتی، سؤال و جواب، کتاب زکوة و خمس، که شرکت مستمندان در مالی که به زکوة باید داده شود، شرکت به نحو بدلیت دانسته است.

محدودیتهای گوناگون در اختیار شریکان می‌شود. زیرا، به حکم ضرورت، آزادی هر مالک محدود به آزادی دیگران می‌شود و حق هر شریک در قالب زندگی جمعی محصور می‌ماند.

حصاری که به دلیل احتراز از تجاوز هر شریک به دیگران حق را احاطه کرده است، بیشتر در جهان خارجی و مادی اجرای حق است: تصرف مادی در هر ذرهٔ مال تصرف در مال دیگران است و شریک نمی‌تواند به اندازهٔ حق اعتباری خود از عین استفادهٔ انحصاری کند و، به عنوان مثال، اگر مالک سه دانگ از خانه‌ای که چهار اتاق برابر دارد، دو اتاق از آن را در اختیار خود بگیرد، نمی‌تواند ادعا کند که بخش مورد تصرف را مالک است. ولی، در جهان اعتبار همزیستی این حقوق امکان دارد و تصرف هر شریک تجاوز به حق دیگران نیست:[1] برای مثال، اگر شریکی سهم خود را بفروشد، سهم دیگران را انتقال نداده است. تفاوت تصرفهای مادی و حقوقی را در متن مادهٔ ۴۷۵ ق.م. بخوبی می‌توان مشاهده کرد. در این ماده می‌خوانیم: «*اجارهٔ مال مشاع جایز است، لیکن تسلیم عین مستأجره موقوف است به اذن شریک.*»

باید افزود که گروهی از نویسندگان گفته‌اند، به دلیل فقدان اوصاف مالکیت در حقی که شریکان در مال مشاع دارند، نباید آن حق را در حال اشاعه نوعی مالکیت محدود شمرد: حق شریک حق عینی است، ولی حق خاصی که تابع احکام ویژه است و ادارهٔ آن را قانونگذار معین می‌کند.[2]

۱۴۰. مالکیت مشاع و کلی در معین:

از آنچه گفته شد، بخوبی برمی‌آید که مالکیت بر کلی در معین (یا آنچه در حکم معین است) با مالکیت مشاع تفاوت دارد:[3] در فرض نخست، پیش از تعیین مصداق حق، مالک بخش کلی از عین (مانند دو خروار برنج از گندم مزرعهٔ معین) صاحب حق عینی بر هیچ بخشی از مال نیست؛ موضوع حق او مفهومی کلی است که بر ذمهٔ دیگری قرار

---

۱. رک. کورنو (G. Cornu)، حقوق مدنی، مقدمه و اشخاص و اموال، ج ۴، ش ۱۲۲۷ - پلنیول و ریپر، ج ۳ به‌وسیلهٔ پیکار، ش ۲۸۶ به بعد.

۲. ژوسران، ج ۱، ش ۱۷۸۱ - مارتی و رینو، اموال، چاپ دوم، ش ۵۹.

۳. برای دیدن مفهوم «کلی در معین» یا «در حکم عین معین»، رک. ش ۲۸.

گرفته و به همین جهت مالک تودهٔ متساوی‌الاجزاء (برنج) را از تصرف در آن باز نمی‌دارد و تنها او را مدیون به تعیین و تسلیم بخش کلی می‌کند. ولی، در مالکیت مشاع، شریک حقِ عینی بر تمام اجزاء مال دارد و تصرف مادی در هر جزء به معنی تجاوز به حق شریک است و به اذن او نیاز دارد.

به بیان دیگر، کلی در معین از اقسام کلی است و باید آن را در زمرهٔ دیون آورد و صاحب حق مالک چیزی میان ذمه و عین است: ذمّه به این اعتبار که مالک را متعهد به تعیین و تسلیم می‌کند؛ و صاحب عین، از این لحاظ که موضوع تعهد باید از عین خارجی داده شود. به همین اعتبار است که کلی در معین را در حکم عین معین گفته‌اند و بر همان پایه صاحب حق را نیز باید در حکم مالک شمرد. اما عین مشاع از اقسام عین خارجی است و مالکیت شریک تحقق یافته، جز اینکه حق منتشر در مجموع است، و در اثر تقسیم از آن مجموعه جدا می‌شود و استقلال مادی پیدا می‌کند.

تقسیم‌مال مشاع را نظر مشهور «تمیز حق» می‌داند، به این مناسبت که حق منتشر در مجموع در بخش معینی از مال صورت خارجی می‌یابد. این تحلیل از نظر هدف تقسیم درست است، زیرا شریکان بدین وسیله می‌خواهند بر حق موجود خود دست یابند و قصد معامله ندارند. ولی، باید انصاف داد که لازمهٔ تحقق این هدف مبادلهٔ حق بر مجموع با حقِ بر پاره‌ای مستقل و جدا شده از آن است. در تقسیم، حق مشاع تبدیل به حق مفروز می‌شود و به همین جهت نیز نیاز به تراضی دارد.[1]

۱۴۱. مالکیت در اشاعه و حق شریکان اشخاص حقوقی:

در اشاعه، که آن را شرکت مدنی نیز گفته‌اند، مالکیت هر ذرهٔ مال و در نتیجه مجموع آن به شریکان تعلق دارد. مجموعهٔ مالکان و حقوق آمیختهٔ آنان شخصیتی جدای از شریکان ندارد و مالکیت در جهان اعتبار چهرهٔ فردی دارد. همچنین است در فرضی که مجموعه‌ای از اموال به گروهی از مالکان به نحو اشاعه تعلق می‌یابد: مانند حقی که

---

۱. رک. عقود معین، ج ۲، ش ۲۶ ـ سید محمد کاظم طباطبایی، ملحقات عروة‌الوثقی، ج ۳ (کتاب قضاء)، ص ۲۱۸.

وارثان متوفی بر ترکهٔ او دارند. ترکه پیش از تصفیه شخصیت حقوقی دارد ودارایی ویژه‌ای با دیون و مطالبات و اموال خاص است،[1] ولی این دارایی ملک وارثان است و سرانجام به آنان می‌رسد و نمی‌توان گفت در دوران تصفیه وارث حق عینی بر ترکه ندارد. منتها، از اختلاط این حق با حقوق طلبکاران و موصی‌له شخصیتی به وجود می‌آید که مانع تصرف وارثان (مالکان) می‌شود. این مجموعه را «در حکم *مال میت*» نیز گفته‌اند.

ولی، شریکان مجموعه‌ای از اموال که خود شخصیت حقوقی و جداگانه یافته است، دیگر حق عینی و مالکیت برآورده‌های خود ندارند. همه چیز به آن شخصیت حقوقی تعلق دارد و مالکیت را باید فردی شمرد نه جمعی. به همین جهت نیز اموال شرکت به دارایی هیچ شریکی نمی‌پیوندد، دیون و مطالبات خاص دارد و تصرف در آن با سازمان اداری شخصیت حقوقی است. همچنین است وضع اموال عمومی که به شهر یا دولت تعلق یافته، زیرا حق مردم را بر آن اموال نباید «*مالکیت*» نامید.

با وجود این، در مواردی که شخص حقوقی مأمور ساختن و حفظ تأسیساتی به‌منظور انتفاع جمعی می‌شود (مانند راه عبور، مدرسه، بیمارستان یا فضای سبز) حق منتفعان و شریکان به مالکیت خصوصی نزدیک می‌شود.[2]

ب ـ محدودیتهای مالک

۱۴۲. تصرف حقوقی:

چنانکه گفته شد (ش ۱۳۹)، سهم مشاع در جهان اعتبار و از دیدگاه حقوقی وجود فردی و مستقل دارد و انتشار حق مالکیت در مجموع ذره‌های مال به این استقلال صدمه نمی‌زند. تصرف مالک در حق خود ملازمه با دخالت در سهم دیگران ندارد و منوط به رضای آنان نیست؛ مالک می‌تواند آن را در زمان حیات بفروشد یا اجاره بدهد یا رهن بگذارد یا از راه وصیت و برای بعد از فوت به دیگران انتقال دهد یا برای اثبات حق خود و رفع هر تجاوز دعوی طرح کند، زیرا در اشاعه موضوع حق مشترک است نه خود آن.

---

۱. رک. ش ۲۱ ـ وصیت در حقوق مدنی ایران، ش ۲۹۲.

۲. مازو و شاباس، اموال، ش ۱۳۰۷ ـ ۱.

مادهٔ ۵۸۳ ق.م. در بیان همین قاعده اعلام می‌کند: «*هر یک از شرکاء می‌تواند بدون رضایت شرکاء دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند*» و مفاد مادهٔ ۵۸۱ ق.م. که تصرف هر شریک را بدون اذن یا خارج از حدود اذن فضولی می‌داند، ناظر به‌تصرف در تمام مال است نه در حق ویژهٔ هر شریک.

با وجود این، موضوع مشترک حقوق و تعدد مالکان سبب می‌شود که گاه مالک نتواند تصرف دلخواه را در حق خود بکند. منتها، این اسباب محدودکننده استثنایی است و در صورتی پذیرفته می‌شود که تردیدی در آن نباشد:

۱. از آنجا که تصرف مادی در مال مشاع باید به اذن همهٔ شریکان باشد، تسلیم سهم مشاع و تسلیط دیگران بر مال مشترک به تراضی نیاز دارد و همین امر مانع آزادی تصرف شریک است: برای مثال، اگر شریکی سهم مشاع خود از مزرعه‌ای را به اجاره دهد، چون نمی‌تواند مستأجر را مسلط بر بخشی از مزرعه و قادر به انتفاع کند، طبیعی است که سرنوشت عقد منوط به تصمیم دیگران می‌شود (مادهٔ ۴۷۵ ق.م.)؛ به ویژه، در فرضی که قبض شرط صحت عقد است (مانند رهن: مادهٔ ۷۹۸ ق.م.)، با این اشکال عمده روبرو می‌شویم که آیا رهن مال مشاع بی‌اذن شریکان ممکن است یا موقوف می‌ماند؟[1] همچنین است هبهٔ مال مشاع (مادهٔ ۷۸۹ ق.م.).[2]

۲. در فرض ویژه‌ای که موضوع حق مال غیرمنقول قابل تقسیم است و دو مالک بیشتر ندارد، فروش سهم مشاع مالکان در مرحلهٔ انتقال با مانعی روبرو نیست، ولی چون شریک دیگر می‌تواند، با دادن ثمن به خریدار، سهم فروخته شده را تملک کند، هر یک از دو مالک مشاع ناچار است حق تقدم شریک را رعایت کند و با رضای او به این تصرف دست زند. مادهٔ ۸۰۸ ق.م. در بیان حق تملک شریک (شفعه) مقرر می‌دارد: «*هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصهٔ خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد، و حصهٔ مبیعه را تملک کند.*»[3] به این ترتیب، هرچند که «*اخذ به شفعه*» قاعده‌ای

---

۱. در این باره، رک. عقود معین، ج ۴، ش ۳۳۳.

۲. عقود معین، ج ۳، ش ۲۷.

۳. برای دیدن مفهوم و احکام اخذ به شفعه، رک. اسباب تملک (ش ۱۸۹) در همین کتاب؛ ایقاع، ش ۱۲۰ به بعد.

استثنایی است، در حدود قلمرو خود آزادی مالک را محدود می‌سازد.

۳. درخواست تقسیم اجباری مال مشاع در صورتی پذیرفته می‌شود که باعث ضرر شریکان دیگر نشود. بند ۲ مادهٔ ۵۹۱ در همین زمینه می‌گوید: «... *در صورت عدم توافق بین شرکاء، حاکم اجبار به تقسیم می‌کند، مشروط بر اینکه تقسیم مشتمل بر ضرر نباشد که در این صورت اجبار جائز نیست و تقسیم باید به تراضی باشد.*»

۱۴۳. تصرف اداری؛ ادارهٔ مال مشترک:

اختلاط موضوع حق مالکیت شریکان باعث ناقص شدن آنها و کاهش اختیار مالکان است و هر بار که شریک بخواهد در ادارهٔ مال خود به اقدامی دست زند با مانع توافق با دیگرانِ روبرو می‌شود: قانون مدنی ادارهٔ مال مشترک را به توافق شریکان واگذار می‌کند (مادهٔ ۵۷۶ ق.م.) و هیچ نظام ویژه‌ای برای آن پیش‌بینی نکرده است و همین امر سبب خرابی اموال مشاع و مادهٔ نزاعی است میان مالکان. راه معقول در این ادارهٔ جمعی توسل به نیروی اکثریت است؛ بدین گونه که یا شریکان رأی اکثریت را بپذیرند یا از میان خود یا خارج مدیری را برگزینند و به او اعتماد کنند. قانون مدنی به این شیوهٔ معقول توجه دارد: مواد ۵۷۷–۵۸۶ به شریکان اختیار داده است تا مدیر یا مدیرانی را برای ادارهٔ مال مشترک معین کنند و حتی ادامهٔ این ادارهٔ نظام یافته را اجباری سازند (مادهٔ ۵۸۶ ق.م.).[1] ولی عیب مهم این نظام قراردادی و سنتی در این است که: ۱) انتخاب آن اجباری نیست و کافی است یکی از شریکان با سهم ناچیزی که دارد توافق را ناممکن سازد، ۲) رأی اکثریت هیچ نیروی اجبارکننده یا رجحانی ندارد. به بیان دیگر، قانون تشکیل هیچ سندیکا یا مجمعی را برای شریکان پیش‌بینی نکرده است.

این شیوهٔ فردگرایی و سنتی از نظر اقتصادی و اجتماعی معایب فراوان دارد و موانع ادارهٔ مشترک چندان زیاد است که مالکان ترجیح می‌دهند که به تقسیم آن پردازند یا به آبادانی آن رغبت نکنند: تقسیم مال مشاع همیشه مطلوب نیست، چنان‌که تقسیم زمینهای کشاورزی یا باغها به انتفاع از آن صدمه می‌زند و تقسیم زمین‌های شهری به زیبایی شهر آسیب می‌رساند. در

---

۱. رک. عقود معین، ج ۲، ش ۱۷ به بعد.

زندگی صنعتی امروز نیز اموال تقسیم نشدنی فراوان است: بخشهای مشترک آپارتمانها پیش‌بینی شده است و تمایل قانونگذاری در کشورهای پیشرفته بر این است که در ادارهٔ هر مال مشترک قواعدی رعایت شود و مدیرانی انتخاب شده از سوی مجمع مالکان بتوانند صلاحیت ادارهٔ آن را پیدا کنند: چنان‌که قوانین بلژیک و آلمان به این راه رفته‌اند و فرانسه نیز که تا سال ۱۹۷۷ به شیوهٔ ادارهٔ قراردادی وفادار مانده بود، به موجب قانون ۳۱ دسامبر ۱۹۷۶ که از ژوئیه ۱۹۷۷ اجرا و با قانون ۱۰ ژوئن ۱۹۷۸ اصلاح شد، به نظام اداری و قانونی مال مشاع پیوست.[۱]

۱۴۴. انتفاع از مال مشترک:

دربارهٔ انتفاع از مال مشترک در مواردی که میان شریکان توافق نیست، دو راه‌حل وجود دارد:

۱. **اجبار شریکان به انتفاع مشترک:** یعنی، اگر شریکان مانع از انتفاع یکی از مالکان شوند، مالک محروم بتواند تسلیط خود را بر مال مشترک از دادگاه بخواهد. دادگاه نمی‌تواند هیچ شریکی را از تصرف در مال مشاع ممنوع سازد، ولی به درخواست شریک (مدعی) دیگران را مجبور می‌کند که مانع از انتفاع و سلطهٔ او نشوند: هر شریک حق دارد در مال مشترک تصرف کند، مشروط بر اینکه هدف معهود از اشاعه را تغییر ندهد و مانع یا مزاحم تصرف دیگران نشود.[۲]

۲. **منع شریکان از تصرف:** هیچ شریکی نمی‌تواند بدون اذن مالکان دیگر در مال مشاع تصرف کند. بر این مبنا، هر شریک می‌تواند مانع از تصرف دیگران شود، هرچند که سهم ناچیزی در مال داشته باشد.[۳]

نظر نخست مبتنی بر این قاعده است که هیچ مالکی را از تصرف در ملک خود

---

۱. در این باره، رک. مازو و شاباس، اموال، ج ۶، ۱۹۸۹، ش ۱۳۰۹ و ۱۳۱۰ ـ مارتی و رینو، اموال، ج ۲، ۱۹۸۰، ش ۶ به بعد ـ کورنو، حقوق مدنی، ج ۱، مقدمه و اشخاص و اموال، ش ۱۲۳۴ به بعد ـ پلنیول و ریپر، ج ۳ به‌وسیلهٔ پیکار، ش ۲۸۶.

۲. پلنیول و ریپر، همان کتاب، ش ۲۸۹ ـ دیوان کشور در حکم شمارهٔ ۲۴۴۱-۲۵/۱۲/۲۸ شعبهٔ ۶ می‌نویسد: «*برای هر یک از شرکاء مانعی برای مطالبهٔ تخلیه و تسلیط ید لااقل به سهم خود او نیست*»: احمد متین، رویهٔ قضایی، ۱۳۳۱-۱۳۳۰، قسمت حقوقی، ص ۲۳۹.

۳. محقق، شرایع، ص ۳۷۶ ـ شهید اول و ثانی، شرح لمعه، ج ۴، ص ۲۰۲ ـ محقق قمی، جامع‌الشتات، ص ۲۷۷ ـ سید محمد باقر شفتی، سؤال و جواب، شرکت.

نمی‌توان محروم کرد (مادهٔ ۳۰ ق.م.): مال مشاع به همهٔ شریکان تعلق دارد و موضوع حق هر شریک تمام آن مال است. آنچه مانع از این تصرف می‌شود، تجاوز به حقوق دیگران و ایجاد مزاحمت برای آنان است. پس، هرجا که چنین مانعی وجود نداشته باشد، انتفاع از مال مشترک مباح است. ولی، نظر دوم متکی بر ناپسند بودن تصرف در مال دیگران است:[1] هر ذره از مال مشاع از آن همهٔ شریکان است و این شرکت در منافع نیز به تابعیت از عین وجود دارد، پس، تصرف هر شریک در سهم خود ملازم با تصرف در حق دیگران است.

نظر دوم با ظاهر قانون مدنی و مبانی تاریخی آن سازگار است: مادهٔ ۵۸۱ اعلام می‌کند: «*تصرفات هر یک از شرکاء، در صورتی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد، فضولی بوده و تابع مقررات معاملهٔ فضولی خواهد بود*» و در مادهٔ ۵۸۲ تأکید شده است که: «*شریکی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن تصرف در اموال شرکت نماید ضامن است*». تردید در امکان خلع ید شریک از تصرف در مال مشاع و تخلیهٔ تمام ملک به تقاضای یکی از شریکان را مادهٔ ۴۳ قانون اجرای احکام بر طرف ساخت و اعلام کرد: «*در مواردی که حکم خلع ید علیه متصرف ملک مشاع به نفع مالک قسمتی از ملک مشاع صادر شده باشد، از تمام ملک خلع ید می‌شود. ولی تصرف محکوم‌له در ملک خلع ید شده مشمول مقررات املاک مشاعی است.*» نویسندگان حقوقی نیز از همین نظر پیروی و آن را تأیید می‌کنند.[2]

با وجود این، آنچه به عنوان قاعدهٔ منع تصرف در مال غیر گفته شد ناظر به موارد غالب و شایع است: به‌طور معمول، انتفاع از مال مشاع ملازم با تصرف مادی در آن است که تنها به اذن مالکان (شریکان) مجاز می‌شود و بر مبنای همین غلبه می‌گویند: «*انتفاع و تصرف در مال مشاع بی‌اذن شریک ممنوع است.*» پس، اگر در فرضی انتفاع شریک، بدون اینکه باعث مزاحمت و تجاوز به حق دیگران شود، ممکن باشد، نباید آن را منع کرد: برای مثال، استفادهٔ متعارف از دیوار

---

۱. شهید ثانی برای توجیه منع تصرف شریک در مال مشترک می‌نویسد: «... *لقبح التصرف فی مال الغیر بغیر اذنه عقلاً و شرعاً*» (شرح لمعه، ج ۴، ص ۲۰۲) ـ شعبهٔ اول دیوان عالی کشور در رأی شمارهٔ ۷۰۰-۱۳۱۶/۳/۲۷ می‌نویسد: «*اگر ملکی بین چند نفر مشترک باشد، تصرف یکی از شرکاء در یک قسمت معین از آن ملک قبل از افراز و بدون رضایت سایر شرکاء جایز نیست*» (متین، رویهٔ قضایی، حقوقی، ص ۲۳۹) ـ و دربارهٔ امکان خلع ید از مستأجری که به اذن بعضی از شرکاء متصرف است، رک. رأی شمارهٔ ۵۴۸-۲۹/۳/۲۴ شعبهٔ ۶ دیوان (همان کتاب)

۲. مرحوم دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۱۳۱.

مشترک (به عنوان پوشش و مرز فاصل بین دو ملک) برای هر دو مالک میسر است و با تصرف مادی و تغییر دیوار نیز ملازمه ندارد، به همین جهت هیچ یک از دو شریک نمی‌تواند مانع انتفاع دیگری شود.

همچنین، در مواردی که مال مشاع به منظور کمال انتفاع شریکان از ملک اختصاصی خودشان فراهم آمده و هدف معهود از آن، بر حسب قانون یا قرارداد یا عرف، انتفاع مشترک است (مانند راه عبور و راه آب و قسمتهای مشترک در آپارتمان)، قانون باید انتفاع و سلطهٔ مشترک را حمایت کند نه منع از تصرف در مال مشاع را. در چنین مواردی، می‌توان گفت: هر شریک، علاوه بر حق مالکیت در مجموع مال و به نسبت سهم خود، حق ارتفاق برای انتفاع معهود از سهم دیگران را هم دارد و این حق تا پایان اشاعه باقی است (ش ۱۳۷).

آنچه باید بر این بحث افزود یادآوری این نکته است: عاملی که مانع از تصرف شریکان در مال مشترک می‌شود وضع اشاعه است. پس، اگر به‌گونه‌ای تراضی در افراز شود یا دادگاه به آن حکم دهد، هرچند تنها دربارهٔ تقسیم منافع (مهایات) باشد، امکان تسلیط شریک به حکم دادگاه ممکن است:[1] چنان‌که در زمینه‌های کشاورزی، به ویژه در مواردی که تقسیم عین به دلیلی امکان ندارد، رویهٔ قضایی متمایل به تسلیط شریک محروم بر بخشی از زمین معادل با سهم او است. در باغهای مشاع نیز خریداران در عمل به تصرف در بخشی از آن می‌پردازند و در آن ساختمان می‌سازند و به همانگونه می‌فروشند و عرفی در برابر قانون به پا داشته‌اند که از دید حقوقدان نباید پوشیده بماند.

بدین ترتیب، اگر الزام به تقسیم منافع (مهایات) نیز مانند تقسیم عین پذیرفته شود و شریک بتواند با نظارت و به حکم دادگاه بر بخشی از مال مشاع مسلط شود (چنان‌که در تقسیم مال مشترک به همین نتیجه رسیده‌ایم)،[2] دو نظری که در آغاز بحث به آن اشاره شد، در عمل به هم نزدیک می‌شود: شریک مال مشاع نمی‌تواند خودسرانه بخشی از آن را بابت سهم خود در اختیار بگیرد، ولی می‌تواند با درخواست تقسیم منافع (مهایات) و به حکم دادگاه به همان نتیجه برسد و تا پایان اشاعه از آن منتفع شود.

---

۱. برای دیدن مفهوم تقسیم مهایات و آثار آن، رک. عقود معین، ج ۲، ش ۴۳.
۲. همان کتاب، ش ۴۳

۱۴۵. تصرف مادی:

تصرف مادی که همراه با تغییر وضع یا مصرف مال مشاع است، هرچند به منظور انتفاع باشد، بدون اذن همهٔ شریکان ممنوع است. گذشته از اطلاق مواد ۵۸۱ و ۵۸۲ ق.م. که بیگمان شامل این گونه تصرفها می‌شود، مادهٔ ۱۱۸ ق.م. در مورد دیوار مشترک معیار این منع را به دست می‌دهد. در این ماده آمده است: «هیچ یک *از* دو شریک حق *ندارد* دیوار مشترک *را بالا* ببرد *یا* روی *آن بنا یا* سرتیری *بگذارد یا* دریچه و رف *بازکند یا* هر نوع *تصرفی نماید*، مگر به *اذن* شریک دیگر.» بر پایهٔ همین معیار، شریک در خانهٔ مسکونی یا محل کسب، نمی‌تواند ساختمان و ظاهر بنا را تغییر دهد یا در آن ساختمان اضافی بسازد و شریک در اتومبیل حق ندارد رنگ آن را تغییر دهد یا شیشه‌ها را رنگی بیندازد.

تنها فرضی را که می‌توان از این قاعده استثنا کرد، موردی است که مال مشترک در معرض خطر و خرابی باشد و شریک نتواند به هنگام از دیگری اذن بگیرد یا به دادگاه رجوع کند و ناچار شود برای حفظ آن اقدام کند (مادهٔ ۳۰۶ ق.م.)[1]

گفتار سوم ـ محدودیتهای ناشی از قرارداد

۱۴۶. حدود اصل حکومت اراده:

مالک می‌تواند ضمن قرارداد خصوصی با دیگران، از قلمرو اختیار خود بکاهد. این‌گونه قراردادها را به دو گروه می‌توان تقسیم کرد: ۱) پیمانی که مالک را ملزم به رعایت قواعد ویژه‌ای می‌کند و از اختیار شخص او نسبت به تصرف در ملک می‌کاهد؛ ۲) قراردادی که حق مالکیت را محدود می‌سازد یا به دیگران حق انتفاع از ملک را می‌دهد یا حقی به سود صاحب ملک دیگر برقرار می‌کند (حق ارتفاق) یا ملک را رهن دین خود یا دیگران قرار می‌دهد و آن را موضوع حق عینی طلبکار می‌سازد.

در قراردادهای گروه نخست که شخص و نسبی است و به حق مالکیت صدمه نمی‌زند، مالک آزادی معمول در انعقاد پیمان و تعیین آثار آن را بر طبق مادهٔ ۱۰ ق.م.

---

۱. برای دیدن نهاد «*ادارهٔ فضولی*»، رک. همین دورهٔ مقدماتی، وقایع حقوقی، ش ۲۳۹ به بعد.

دارد. زیرا برای شخص خود تعهد ایجاد می‌کند و ضمانت اجرای تعهد او نیز محدود به پرداخت زیان ناشی از عهد شکنی یا انحلال پیمانی است که او با دیگران دارد و لطمه به حق مالکیت و اجرای آن نمی‌خورد: مانند اینکه صاحب کارخانه‌ای در برابر همسایهٔ مزرعه‌دار تعهد می‌کند که برای جلوگیری از آلودگی آب و هوا دودکش ایمنی نصب کند یا فاضلاب کارخانه را از قنات مزرعه دور سازد. همچنین است التزامی که همسایه به عهده می‌گیرد تا در کنار پمپ بنزین مجاور آتش روشن نکند یا در خانهٔ خود حیوان (مانند سگ و گربه و کبوتر) نگاه ندارد.

در گروه دوم (خواه نقص حق مالکیت در قرارداد تملک پیش‌بینی شود یا در پیمانی که مالک با دیگران می‌بندد)، نفوذ قرارداد در صورتی با مالکیت جمع می‌شود که آن را بی‌محتوا نسازد: اعتبار نهاد مالکیت به باقی ماندن اوصاف اصلی آن وابسته است و با نقص شدید یا سلب آنها از بین می‌رود و ماهیت خود را از دست می‌دهد. مجموع این اوصاف اصلی یا ماهوی را «مقتضای مالکیت» می‌نامند و قراردادی که به این مقتضی صدمه بزند نفوذ حقوقی ندارد و مانع از تملک می‌شود: برای مثال، اگر در قرارداد فروش ملکی حق انتفاع انحصاری به مدت عمر فروشنده محفوظ بماند و خریدار ملتزم شود که عین را در این دوران در ملکیت خود نگاه دارد و پس از مرگ فروشنده به وارثان او انتقال دهد، چنین قراردادی با مقتضای مالکیت منافات دارد و نباید آن را «فروش ملک» نامید. شرطی را که اجرای مفاد آن ملازم با زوال اوصاف جوهری یا ماهوی حق مالکیت است «*شرط خلاف مقتضای تملیک*» می‌نامند و در قواعد عمومی قراردادها خواهیم دید که با مالکیت جمع نمی‌شود و بند اول مادهٔ ۲۳۳ ق.م. آن را باطل و مبطل عقد (تملیک) می‌داند.[1]

از شایع‌ترین شروطی که تعارض آن با مقتضای مالکیت مورد گفتگو است، سلب حق انتفاع از مالک است که پیش از این دربارهٔ نفوذ این شرط سخن گفته‌ایم.[2]

---

۱. رک. همین دورهٔ مقدماتی، اعمال حقوقی، ش ۳۰۵ ـ قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ش ۵۷۱ به بعد.
۲. رک. ش ۹۲ به بعد.

۱۴۷. قراردادها و شروط محدودکننده:

قراردادها و شروط محدودکنندهٔ آزادی مالک محدود به صورت ویژه‌ای نیست. در هر قراردادی که مالک می‌بندد ممکن است از اختیار خود بکاهد یا امتیازی به دیگران بدهد. با وجود این، از قراردادهای مهمی که باعث نقص حق مالکیت و ایجاد حق عینی برای دیگران می‌شود، بدین شرح می‌توان نام برد:

۱. عقد اجاره: در قانون مدنی، اجاره از عقود تملیکی است و سبب انتقال مالکیت منفعت به مستأجر می‌شود (مادهٔ ۴۶۶ ق.م.). بدین‌ترتیب، در اثر اجاره دادن منافع مال از عین آن جدا و به دیگری تعلق می‌گیرد و آنچه به جای می‌ماند (مالکیت عین) از امتیاز انتفاع و استعمال از ملک بی‌بهره است: ذره‌ها و لحظه‌های منفعت (خواه مادی و محسوس باشد یا اعتباری) در ملک مستأجر ایجاد می‌شود و هم او است که به تبع همین مالکیت حق انتفاع انحصاری از عین را پیدا می‌کند.

در عقد اجاره، نه تنها مالک عین حق انتفاع از آن را برای مدتی از دست می‌دهد، برای تصرف در عین نیز محدود می‌شود و، به عنوان مثال، نمی‌تواند در مدت اجاره در عین «... *مستأجره تغییری دهد که منافی مقصود مستأجر از استیجار باشد*» (مادهٔ ۴۸۴ ق.م.). قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، به مناسبت عقد اجاره و به حکم قانون، محدودیتهای گوناگونی برای مالک ایجاد می‌کند که به دشواری می‌توان آنها را به حکومت ارادهٔ او منسوب کرد.[۱]

۲. ایجاد حق انتفاع به سود دیگران: عقدی که حق انتفاع به دیگران می‌دهد، جز در وقف که عقدی معین با احکام خاص است (مواد ۵۵ به بعد ق.م.)،[۲] در شمار عقود معین نیامده است. با وجود این، عمری و رقبی و سکنی از اقسام این قراردادها است و نویسندگان قانون مدنی «حبس» را عنوان مشترک همهٔ آنها ساخته‌اند: چنان‌که مادهٔ ۴۷ ق.م. مقرر می‌دارد: «*در حبس اعم از عمری و غیره قبض شرط صحت است.*»

۳. ایجاد حق ارتفاق به سود مالک دیگر: عقدی که سبب ایجاد حق ارتفاق می‌شود در زمرهٔ عقود معین نیست و مادهٔ ۹۴ ق.م. به این اطلاق اشاره دارد. در این ماده

---

۱. رک. عقود معین، ج ۱، ش ۳۳۰ و بعد از آن.

۲. عقود معین، ج ۳، ش ۶۶ به بعد.

می‌خوانیم: «*صاحبان املاک می‌توانند در ملک خود هر حقی را که بخواهند نسبت به دیگری قرار دهند؛ در این صورت، کیفیت استحقاق تابع قرارداد و عقدی است که مطابق آن حق داده شده است*». ویژگی حق ارتفاق در وابستگی آن به ملک است، در حالی که حق انتفاع به سود شخص معین می‌شود.

۴. **عقد رهن**: در این قرارداد، نقصی که بر مالکیت وارد می‌شود از جهت اختیار انتقال و تلف مال است نه امکان انتفاع از آن (مواد ۷۹۳ و ۷۹۴ ق.م.)؛ حقی هم که به سود طلبکار ایجاد می‌شود «*حق عینی تبعی*» است نه اصلی و مفاد آن ایجاد اختیار در فروش و استیفای طلب است. عقد رهن از عقود معین است و احکام آن را در مواد ۷۷۱ تا ۷۹۴ ق.م. می‌توان دید.[1]

گفتار چهارم ـ محدودیتهای ناشی از حفظ منافع عمومی

۱۴۸. انواع محدودیتها:

به همان نسبت که دخالت دولت در امور اقتصادی و تجارتی فزونی می‌یابد و فکر ملی شدن صنایع تقویت می‌شود، مالکیت خصوصی نیز محدود می‌گردد. زیرا دولت در بسیاری موارد شیوهٔ استفاده از اموال را تابع قواعد خاص می‌کند، و گاه نیز مالکان را ناچار به واگذاری حق خود می‌سازد: تثبیت قیمتها، منع احتکار در مورد ارزاق عمومی، تشریفات بهره‌برداری از معادن، ملی شدن صنایع نفت، اختصاص یافتن اتوبوس‌رانی در تهران و حومه به شرکت واحد، الزام به فروش اراضی مجاور راه‌آهن سرتاسری، منع از ورود بعضی از کالاها به کشور، و بسیاری امور دیگر از این قبیل، محدودیتهایی است که دولت، به منظور حفظ حقوق عمومی و سرمایه‌های ملی، برای مالکیت خصوصی و تجارت آزاد ایجاد کرده است.

مقرراتی که مالکیت را به دلیل حفظ منافع عمومی محدود می‌کند، در یک نظریهٔ عمومی نمی‌گنجد و تفصیل هر کدام باید جداگانه مطرح شود. وانگهی این بحث از قواعد مالکیت از مباحث حقوق عمومی است. پس، به عنوان مثال، تنها به پاره‌ای از

---

۱. رک. عقود معین، ج ۴، ش ۳۲۱ و بعد از آن.

قوانین مهمی که در این باب گذشته است اشاره می‌کنیم:

۱۴۹. قانون معادن:

مطابق قانون مدنی، معادن واقع در هر ملکی به صاحب آن تعلق دارد. ولی، قانون معادن مصوب ۱۳۳۶، برای حفظ ثروت ملی کشور، معادن را، به شرحی که گفته شد، به سه طبقه تقسیم کرده است و تنها معادن مربوط به سنگهای ساختمانی و خاک رس و امثال آن را ملک صاحبان اراضی دانسته و بقیهٔ معادن را در اختیار دولت قرار داده است. به اضافه، بهره‌برداری از معادن دستهٔ اول نیز باید، با صدور پروانه از طرف ادارهٔ کل معادن، آغاز شود.[۱]

۱۵۰. قوانین تملک اراضی: نوسازی و عمران شهری:

به موجب مادهٔ ۱ قانون توسعهٔ معابر مصوب اول تیر ماه ۱۳۲۰: *«هرگاه شهرداریها توسعه یا اصلاح یا احداث برزن، خیابان، میدان، گذر، کوی، انهار، یا قنوات را برای تسهیل آمد و شد و یا زیبائی شهر و یا برای سایر نیازمندیها لازم بدانند می‌توانند، با رعایت مقررات خاص این قانون، پس از تصویب انجمن شهر و وزارت کشور، زمینهائی راکه مورد لزوم است تملک نمایند.»*

سلب مالکیت خصوصی منوط به تأدیهٔ قیمت عادلهٔ آن شده است و قانون توسعهٔ معابر نیز در پیروی از همین اصل در مادهٔ ۴ مقرر می‌دارد: *«شهرداریها می‌توانند هر مقدار ملکی راکه به موجب نقشه برای نیازمندیهای نامبرده در مادهٔ یک این قانون لازم بدانند، یا هر نهر یا قناتی را که برای تأمین آب شهر ضروری شمارند، و وزارت کشور نیز تصویب نماید، پس از انجام تشریفات مذکور در مادهٔ ۲، به بهای عادلانه خریداری نمایند و مالک نیز باید آن را واگذار کند.»*

مادهٔ ۱ قانون مربوط به تملک زمینها برای اجرای برنامه‌های شهرسازی مصوب ۲۸ خرداد ۳۹، در پیرو همین فکر می‌گوید: *«به دولت اجازه داده می‌شود، در هر مورد زمین‌هایی راکه برای اجرای برنامه‌های شهرسازی و خانه‌سازی لازم و ضروری تشخیص می‌دهد، و همچنین محلاتی راکه به علل شهرسازی و بهداشتی باید تخریب و تجدیدبنا گردد، پس از پرداخت بهای عادله، به شرح زیر تصرف و تملک و تصرف نماید.»*

---

۱. رک. ش ۷۷.

قانون نوسازی و عمران شهری مصوب ۲۳ آذر ۴۷ جانشین قانون اصلاح قانون توسعه معابر شده و به موجب مادهٔ ۳۱ این قانون: «*شهرداریها می‌توانند برای تأمین نیازمندیهای شهری و عمومی و عمران و نوسازی با تصویب انجمن شهر و تأیید وزارت کشور اراضی واملاک واقع بین حد مصوب فعلی هر شهر تا حد نهایی مشخص در نقشهٔ جامع آن شهر را ظرف ۵ سال پس از تصویب نقشهٔ جامع با پرداخت بها تملک و تصرف کند.*»

و مطابق مادهٔ ۱۶ همین قانون شهرداریها مکلفند برای هر یک از طرحهای نوسازی وعمران و ایجاد تأسیسات شهری و توسعه و احداث و اصلاح معابر نقشهٔ کاملی تهیه و سپس توسط هیأتهای ارزیابی فهرست جامعی حاوی مقدار مساحت و تعداد اشجار و میزان حق ریشهٔ هر ملک که در معرض عملیات قرار می‌گیرد و تصرف می‌شود با تعیین بهای هر یک از آنها بر اساس مادهٔ ۱۸ این قانون و همچنین میزان مرغوبیتی که مالک مکلف به پرداخت آن می‌باشد «*و در صورت امکان، نام مالک و شمارهٔ پلاک ملک تنظیم نموده و ضمن تأمین اعتبار کافی برای تصویب انجمن شهر فرستاده و پس از تصویب انجمن برای تأیید به وزارت کشور ارسال دارند.*»

و بر طبق مادهٔ ۱۷ شهرداری باید ظرف یک ماه از تاریخ ابلاغ نظر وزارت کشور مراتب را برای اطلاع عموم اعلان کند و ظرف سه ماه قیمت اراضی و مستحدثات را بپردازد. سپس با دو ماه مهلت اقدام به تخلیه و تصرف یا در صورت لزوم تخریب ملک کند.

تملک قهری املاک، نه تنها در قوانین شهرداری پیش‌بینی شده، در سایر قوانین نیز آمده است. از جمله به موجب قانون اصلاح قانون دعاوی اشخاص علیه دولت راجع به املاک مصوب ۱۶ آذر ۴۷، خرید املاک اشخاص به منظور ایجاد تأسیسات نظامی نیز مجاز شناخته شده و مانند قانون توسعه و نوسازی شهر برای شهرداری است. به موجب تبصرهٔ ج این مادهٔ واحده: «وزارت جنگ مکلف است بهای عادلهٔ ابنیه و اراضی را که برای ایجاد و توسعهٔ سربازخانه‌ها و فرودگاهها و میدانهای تیر و سایر تأسیسات نظامی به تشخیص وزارت جنگ مورد احتیاج ارتش باشد یا سابقاً به تصرف ارتش درآمده باشد نقداً یا به اقساطی که از دو سال تجاوز نکند به ترتیب زیر به مالک یا مالکین بپردازد: در صورتی که مالک یا مالکین اراضی و اعیان مورد نیاز وزارت جنگ از مراجعه و دریافت بهای تعیین شده و امضای سند انتقال خودداری نمایند، یا اینکه نسبت به ملک مورد نیاز اصولاً درخواست ثبت نشده باشد، وزارت جنگ بهای ملک را در صندوق ثبت اسناد محل وقوع ملک تودیع نموده و قبض آن را به یکی از دفاتر اسناد رسمی جهت انجام معامله تسلیم می‌نماید. دفتر مزبور ملزم به تنظیم سند انتقال به

نام وزارت جنگ بوده و دادستان شهرستان محل وقوع ملک یا نمایندهٔ او بجای فروشنده سند انتقال را امضاء خواهد نمود و ظرف یک ماه دادستان اقدام به تخلیهٔ قطعی ملک مذکور می‌نماید.»

همچنین، مادهٔ اول لایحهٔ قانونی نحوهٔ خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت به تمام دستگاههای اجرایی دولت اختیار می‌دهد که اراضی و ابنیهٔ مورد نیاز خود را خریداری و تملک کنند.

در تبصرهٔ یک قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرحهای دولتی و شهرداریها مصوب ۱۳۶۷/۸/۲۹ آمده است: «درصورتی که اجرای طرح و تملک املاک واقع در آن به موجب برنامهٔ زمان‌بندی مصوب به حداقل ۱۰ سال بعد موکول شده باشد، مالکین املاک واقع در طرح از کلیهٔ حقوق مالکانه مانند احداث یا تجدید بنا یا افزایش بنا و تعمیر و فروش و اجاره و رهن و غیره برخوردارند و در صورتی که کمتر از دوسال باشد، مالک هنگام اخذ پروانه تعهد می‌نماید، هرگاه زمان اجرای طرح قبل از ده سال شروع شود، حق مطالبهٔ هزینهٔ احدث و تجدیدبنا را ندارد.»

۱۵۱. روابط مالک و مستأجر:

مطابق قانون مصوب خرداد ماه ۱۳۳۹، پس از انقضاء مدت اجاره مالک نمی‌تواند از تجدید اجارهٔ مستأجر امتناع ورزد، و فقط در مواردی که مستأجر از پرداخت اجارهٔ ماهیانه کوتاهی کند، یا در استفاده از عین مستأجره مرتکب تعدی و تفریط شود، یا بر خلاف شرایط مشروع اجاره‌نامه عمل کند، موجر حق فسخ و تخلیهٔ مورد اجاره را دارد.

این قانون، که حقوق مالکیت صاحبان املاک را در بسیاری موارد محدود کرده بود، یکی از مهمترین قوانین مربوط به تحدید مالکیت خصوصی است.

مفاد قانون ۱۳۳۹ در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ نیز با پاره‌ای اصلاحها تکرار شد، ولی قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳ اردیبهشت ۱۳۶۲ اجارهٔ محلهای مسکونی را از شمول آن خارج ساخت. در نتیجه، قانون ۱۳۵۶ هم‌اکنون ویژهٔ محلهای کسب و پیشه و تجارت است.

۱۵۲. قانون اصلاحات ارضی:

به منظور تعدیل ثروت و علاقه‌مند ساختن کشاورزان به زمینهای زراعتی، قانون اصلاحات ارضی مصوب چهارم خردادماه ۱۳۳۹ حداکثر زمینهای زراعتی راکه مالکی می‌تواند داشته باشد

معین کرده، و ترتیبی داده است که زمینهای زائد بر آن به کشاورزان واگذار شود. و بدین ترتیب قست مهمی از قواعد مالکیت در بارهٔ زمینهای مزروعی غیر قابل اجرا شده است.

این قانون با لایحهٔ اصلاحی مصوب نوزدهم دی ماه ۴۰، که از راه مراجعه به آراء عمومی به تصویب رسید، تکمیل شد (نهم بهمن ماه ۴۱) و مادّهٔ ۵ آن، رفع اختلاف بین مالک و زارع در امور کشاورزی را در صلاحیت مأموران اصلاحات ارضی قرارداد و مادّهٔ ۳۴ قانون سابق را نسخ کرد. پس از آن، آئین‌نامهٔ اصلاحات ارضی در ۴۷ ماده به تصویب کمیسیون مشترک مجلسین رسید (سوم مرداد ۴۳) و سرانجام در خرداد ماه ۴۶ نیز ۸ ماده به آئین‌نامهٔ اصلاحات ارضی افزوده شد، که مادّهٔ سوم آن، از جهت حدود حق مالکیت خصوصی جالب توجه است. به موجب این مادّه: *«مالکین اراضی بایری که مشمول قوانین اصلاحات ارضی نمی‌باشند، موظفند حداکثر در ظرف مدت پنج سال از تاریخ تصویب این قانون برای آبادانی و عمران آن اراضی، شخصاً یا بهر نحو که مقتضی بدانند اقدام کنند. پس از انقضاء مدت، آن قسمت از اراضی که بایر مانده بلاعوض به ملکیت دولت در می‌آید تا جهت انجام طرحهای عمرانی مورد استفاده قرار گیرد. تشخیص وزارت کشاورزی در مورد عمران و آبادی اراضی مشمول این ماده، طبق آئین‌نامه‌ای که به تصویب هیأت دولت خواهد رسید قطعی است».*

«تبصره ـ اراضی بایری که در تاریخ تصویب این قانون در محدودهٔ شهرها قرار دارند مشمول مقررات این ماده نخواهند بود».

۱۵۳. قانون تشکیل شرکتهای سهامی زراعی:

با اجرای این قانون که تا پنج سال جنبهٔ آزمایشی داشت، اصلاحات ارضی به مرحلهٔ نهایی خود رسید: رفته رفته مالکیت جمعی و مشترک جایگزین مالکیت فردی شد و قدرت دولت جای سودجوئیهای خصوصی را گرفت. به موجب این قانون، که به نوبهٔ خود انقلابی در حقوق مالک و نظام سرمایه‌داری بود، وزارت اصلاحات ارضی و تعاون روستائی بتدریج در واحدهای روستایی شرکتهای سهامی زراعی تشکیل می‌دهد. سهام این شرکتها به کشاورزان و خرده مالکان تعلق دارد و بر اساس اصول بازرگانی اداره می‌شود (مواد ۲ و ۵ قانون مصوب ۴ بهمن ۱۳۴۶) و دولت بر آن نظارت مستمر دارد: به اختلاف سهامداران و کارکنان شرکت با مدیران، هیأت سه نفری منتخب وزارت اصلاحات ارضی رسیدگی می‌کند و دولت اعطاء وام و کمک‌های مالی و فنی از این

شرکتها حمایت می‌کند (مواد ۸ و ۱۳).

به موجب مادهٔ ۶ این قانون: «*در مناطقی که تشکیل شرکتهای سهامی زراعی اعلام می‌شود، در صورتی که حداقل پنجاه و یک درصد از اشخاص مذکور در مادهٔ دوم این قانون عضویت شرکت را قبول و بقیه از امضای اوراق و اسناد و دفاتر تشکیل شرکت امتناع نمایند، وزارت اصلاحات ارضی و تعاون روستائی به قائم مقامی مستنکفین اقدام لازم را انجام خواهد داد*». یعنی، پیش از تشکیل شرکت نیز ارادهٔ اکثریت کسانی که می‌توانند عضو آن شوند بر سایرین تحمیل می‌شود، و دولت آنها را به واگذاری مالکیت خصوصی و شرکت در ادارهٔ جمعی زمینها وادار می‌سازد.

با تشکیل شرکتهای زراعی، مالکیت زمینها به این شخصیت حقوقی واگذار می‌شود و کشاورزان و خرده مالکان فقط مقداری سهم بدست می‌آورند. به تبصرهٔ مادهٔ دوم این قانون دقت کنید: «*در هر یک از واحدهای روستایی، سهامداران شرکتهای سهامی زراعی حق استفادهٔ مطلق و دائم از اراضی راکه در اختیار دارند به شرکت واگذار می‌نمایند و متناسب با ارزش این حق و مقدار و موقعیت زمین مربوط و ارزش عوامل زراعی تعدادی از سهام شرکت را ـ که وزارت اصلاحات ارضی و تعاون روستایی، بر اساس مقررات پیش‌بینی شده در اساسنامهٔ این قبیل شرکتها، موضوع مادهٔ ۵ این قانون، تعیین می‌نماید ـ دریافت خواهند نمود*».

حق استفادهٔ مطلق و دائم تعبیر دیگری از مالکیت است، که بنا به ملاحظاتی بدین صورت بیان شده.

۱۵۴. قانون زمین شهری:

مقصود از زمین شهری «*زمینهایی است که در محدودهٔ قانونی و حریم استحفاظی شهرها و شهرکها قرارگرفته است*». قانون مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲ زمینهای شهری را به سه دستهٔ: ۱) دایر، ۲) بایر، ۳) موات تقسیم می‌کند:

۱. «*اراضی دایر زمینهایی است که آن را احیاء و آباد نموده‌اند و در حال حاضر دایر و مورد بهره‌برداری مالک است. زمینهای دایر مشمول این قانون صرفاً اراضی کشاورزی یا آیش، اعم از محصور یا غیرمحصور، می‌باشد*» (مادهٔ ۵).

۲. «*اراضی بایر شهری زمینهایی است که سابقهٔ عمران و احیاء داشته و بتدریج به

حالت موات برگشته، *اعم از اینکه صاحب مشخصی داشته و یا نداشته باشد»* (مادهٔ ۴).

۳. *«اراضی موات شهری زمینهایی است که سابقهٔ عمران و احیاء نداشته باشد...»* (مادهٔ ۳).

اراضی موات از بحث ما بیرون است و در اختیار دولت قرار می‌گیرد (مادهٔ ۶).

اراضی بایر شهری که صاحب مشخصی نداشته باشد (مجهول‌المالک) در اختیار ولی فقیه است. بر طبق مادهٔ ۹ قانون وزارت مسکن و شهرسازی موظف بود زمین مورد نیاز اضافی از زمینهای موات را به ترتیب از زمین بایر و دایر شهری تأمین نماید و صاحبان زمین ناچار بودند ملک خود را به دولت و شهرداریها بفروشند. ولی، با پایان یافتن مهلت اجرای این حکم استثنایی (۵ سال)، دیگر امکان این تملک اجباری از بین رفته و تابع قواعد عمومی شده است.

۱۵۵. قانون واگذاری زمینهای زیر کشت به کشاورزان:

به موجب مادّهٔ واحدهٔ *«قانون واگذاری زمینهای بایر و دایر که بعد از انقلاب به صورت کشت موقت در اختیار کشاورزان قرار گرفته است»* مصوب ۱۳۶۵/۸/۸:

«کلیهٔ اراضی بایر و دایر که بعد از پیروزی انقلاب اسلامی به نحوی تا پایان سال ۱۳۵۹ در سراسر کشور و تا پایان سال ۱۳۶۳ در مناطق کردنشین در اختیار غیر مالک قرار گرفته و روی زمین کشت نموده‌اند(کشت موقت) به حکم ضرورت به کشاورزان متصرف که واجد شرایط زیر باشند:

الف. بی‌زمین یا کم‌زمین.

ب. ممر درآمد کافی غیر از کشاورزی نداشته باشند.

ج. ساکن محل باشند.

به اقساط واگذار می‌شود و سند مالکیت رسمی و ثبتی به صورت بیع شرط با معرفی هیأتهای هفت نفره واگذاری زمین به آنان داده خواهد شد و پس از پرداخت آخرین قسط سند قطعی می‌گردد و بهای عادلهٔ آن به صاحبان زمین بعد از کسر بدهی قانونی و شرعی پرداخت خواهد شد».

در تبصرهٔ ۷ قانون آمده است: «در صورت استنکاف مالکین از اجراء این قانون، ستاد مرکزی هیأتهای واگذاری زمین به نمایندگی از طرف مستنکف اسناد مربوطه را امضاء

خواهد نمود». بدین ترتیب. قانون تصرف را از اسباب تملک قرار می‌دهد نه دلیل احراز آن ؛ امری خلاف قاعده که جز به حکم ضرورت نمی‌توان پذیرفت. به همین جهت هم در تبصرهٔ ۸ آمده است: «این قانون بنا به ضرورت به مدت سه سال تصویب و اجراء می‌گردد و از تاریخ تصویب لازم‌الاجراء است».

با وجود این، بر طبق تبصرهٔ مادهٔ ۱۳ که مجمع تشخیص مصلحت نظام در ۱۳۶۷/۶/۱۵ به قانون افزوده است، مهلت اجرای قانون تا پنج سال دیگر تمدید شده است و پیش‌بینی می‌شود که بازهم تمدید گردد تا هیأتهای هفت نفره بتوانند به نزاعهای فراوان و زیانباری که در این زمینه ایجاد شده است پایان بخشند.

تبصرهٔ ۱۲ قانون مصوب ۶۷/۶/۱۵ حاوی محدودیت دیگری برای مالکیت کشاورزان است. در این تبصره می‌خوانیم:

«به منظور حفظ یکپارچگی *اراضی* بزرگ کشت موقت (حدود صد هکتار و بالاتر) و *جلوگیری از قطعه قطعه شدن آنها*، متصرفین *این اراضی با حفظ* مالکیت هرکدام موظفند *در قالب تعاونیهای تولیدی مشاع اراضی را مورد بهره‌برداری قرار دهند*».

۱۵٦. قوانین شهرسازی:

تصرف در زمین، خواه به صورت تقسیم آن میان مالکان مشاع باشد یا تقسیم قطعه‌های بزرگ به مساحتهای کوچک‌تر، و خواه از راه ایجاد ساختمان و آماده کردن برای سکونت یا تجارت یا محلهای اداری وکارخانه باشد، باید به اذن شهرداری یا ثبت انجام پذیرد. هدف از ایجاد این گونه محدودیتها حفظ زیبایی شهر و ایمنی ساختمان و هماهنگی بناهای احداث شده و جلوگیری از اختلاف است:

۱. قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷/۸/۲۲، افراز املاک مشاعی راکه جریان ثبتی آنها پایان یافته در صلاحیت واحد ثبتی محل وقوع ملک قرار داده است. بدین ترتیب، شریکان ملکی به تراضی نیز نمی‌توانند به تقسیم مال مشاع اقدام کنند و این اقدام باید با نظارت و اذن دولت صورت گیرد.

۲. بر طبق مادهٔ ۱۰۰ قانون شهرداری *«مالکین اراضی و املاک واقع در محدودهٔ شهر یا حریم آن باید، قبل از هر اقدام عمرانی یا تفکیک اراضی و شروع ساختمان از شهرداری پروانه اخذ نمایند. شهرداری می‌تواند از عملیات ساختمانی ساختمانهای بدون پروانه یا*

مخالف مفاد پروانه بوسیلهٔ مأمورین خود، اعم از آنکه ساختمان در زمین محصور یا غیرمحصور واقع باشد، جلوگیری نماید.»

در تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۱۰۰ به شهرداری اجازه داده شده است که به حکم کمیسیونی مرکب از نمایندهٔ وزارت کشور و یکی از قضات و یکی از اعضاء انجمن شهر، به قلع بنا بپردازد.

در تبصرهٔ ۸ ماده نیز آمده است: *«دفاتر اسناد رسمی مکلفند قبل از انجام معاملهٔ قطعی در مورد ساختمانها گواهی پایان ساختمان و در مورد ساختمانهای ناتمام گواهی عدم خلاف تا تاریخ انجام معامله را که توسط شهرداری صادر شده باشد ملاحظه و مراتب را در سند قید نمایند.»*

این محدودیت در صورتی است که برای انجام دادن معامله سند رسمی تنظیم شود، ولی از آنجا که انتقال املاک ثبت شده تنها از این راه امکان دارد (مادهٔ ۲۲ ق.ث.) و اسناد عادی و قولنامه‌ها برای ایجاد التزام به تنظیم سند رسمی مفید است نه نقل ملکیت، الزام دفاتر اسناد رسمی به مطالبهٔ گواهی پایان ساختمان یا عدم تخلف از مفاد پروانه می‌تواند مانع مهمی برای تصرف مالک به شمار آید.

۱۵۷. حفظ آثار ملی و میراث فرهنگی:

بر طبق مادهٔ یک قانون راجع به حفظ آثار مصوب ۱۲ آبان ماه ۱۳۰۹: *«کلیهٔ آثار صنعتی و ابنیه و اماکن را که تا اختتام دورهٔ سلسلهٔ زندیه در مملکت ایران احداث شده، اعم از منقول و غیرمنقول، با رعایت مادهٔ ۲ قانون، می‌توان جزء آثار ملی ایران محسوب داشت و در تحت حفاظت و نظارت دولت می‌باشد.»*

در مادهٔ ۵ همین قانون آمده است: *«اشخاصی که مالک یا متصرف مالی باشند که در فهرست آثار ملی ثبت شده باشد، می‌توانند حق مالکیت یا تصرف خود را حفظ کنند ولکن نباید دولت را از اقداماتی که برای حفاظت آثار ملی لازم می‌دانند ممانعت نمایند...»*. آزادی مالک تنها محدود به خودداری از ممانعت دولت نیست؛ پاره‌ای از اعمال که برای هر مالک مباح است برای او ممنوع می‌شود و جرم و ضمان‌آور است. مادهٔ ۶ قانون این اعمال را چنین خلاصه می‌کند:

الف. منهدم کردن یا خرابی وارد آوردن به آثار ملی و مستور ساختن روی آنها با اندود و یا رنگ و رسم کردن نقوش و خطوط بر آنها.

ب. اقدام به عملیاتی در مجاورت آثار ملی که سبب تزلزل بنیان یا تغییر صورت آنها شود.

ج. تملک و معامله بدون اجازهٔ دولت نسبت به مصالح و مواد متعلقه به ابـنیهٔ مـذکور در فهرست آثار ملی و اقدام به مرمت و تجدید بنایی از آثار ملی که در تصرف اشخاص باشد باید با اجازه و تحت نظر دولت واقع شود والا مجازاتهای سابق‌الذکر ممکن است به مرتکب تعلق گیرد.

در مادهٔ نهم قانون محدودیت مالک در اموال منقول بدین شرح معین شده است:

«هر کس مالک مال منقولی است که در فهرست آثار ملی ثبت شده، اگر بخواهد آن را بـه دیگری بفروشد، باید به ادارهٔ مربوطهٔ دولتی کتباً اطلاع دهد. دولت اگر بخواهد آن مال را جزء مجموعه‌های دولتی آثار ملی قرار دهد در ابتیاع آن با شرایط متساوی بر مردم دیگر حق تقدم دارد...»[1]

مبحث سوم: توابع مالکیت

۱۵۸. مالکیت تبعی:

یکی از نتایج مطلق بودن مالکیت این است که این حق اختصاص به خود مال ندارد و به تمام توابع و متعلقات و منافع حاصل از آن نیز سرایت می‌کند. حقوقی را که مالک بر ثمره‌ها و متعلقات مال دارد، از این لحاظ که به تبعیت از موضوع اصلی حق مـالکیت ایجاد شده است، در اصطلاح **«مالکیت تبعی»** می‌نامند.

مادهٔ ۳۲ قانون مدنی، در بیان سرایت حق مالکیت به توابـع مـال، مـی‌گوید: *«تـمام ثمرات و متعلقات اموال منقوله و غیرمنقوله، که طبعاً یا در نتیجهٔ عملی حاصل شده باشد، بالتبع مال مالک اموال مزبوره است.»* پس، مالکیت تبعی ممکن است ناظر به ثمرهٔ مال یا متعلقات مربوط به آن باشد، و ما نـیز بـحث خـود را در دو گـفتار مـورد مـطالعه قـرار می‌دهیم:

۱. مالکیت تبعی بر ثمره و منافع حاصل از مال؛

۲. مالکیت تبعی بر متعلقات مال.

---

۱. رک. ش ۷۸.

گفتار نخست ـ مالکیت تبعی بر منافع و ثمره‌ها

۱۵۹. تفاوت ثمره و منفعت:

واژه‌های ثمره و نماء و محصول و منفعت، گاهی مرادف با هم به‌کار می‌رود، ولی در زبان عرف معانی گوناگون دارد: برای مثال، واژهٔ *«محصول»* اختصاص به منافع حاصل از زمین و باغ دارد. در حالی که *«نماء»* و *«منفعت»* در مورد اموال منقول و غیرمنقول یکسان به‌کار می‌رود. همچنین *«منفعت»* به فایده‌ای گفته می‌شود که بتدریج از مالی به دست می‌آید و ایجاد آن با از بین رفتن اصل مال ملازمه ندارد: مانند سکونت در خانه و نتاج حیوانات و بهرهٔ پول. ولی *«ثمره»* و *«نماء»* معنی عام تری دارد، و فوائدی را هم که از تفویت اصل مال به دست می‌آید در بر می‌گیرد. به عنوان نمونه، اگر درختهای باغی را مالکی بکند و بفروشد، پول حاصل از این کار را منفعت باغ نمی‌گویند: چنان‌که مستأجر نیز، با آنکه مالک منافع است، این حق را ندارد و شاید به خاطر همین امر بوده است که، در مادهٔ ۳۲ قانون مدنی، برای بیان تمام فوایدی که از مالی به دست می‌آید، کلمهٔ *«ثمرات»* استعمال شده است.

نتیجهٔ تمیز معنی *«ثمره»* و *«منفعت»* در اینست که هرگاه، در اثر قرارداد یا به حکم قانون، مالک عین و منفعت مال یکی نباشد (مانند اجاره)، مالک منفعت فقط از فوایدی می‌تواند استفاده کند که با از بین رفتن عین مال ملازم نیست.[1]

۱۶۰. اقسام منفعت:

منافع هر مال را می‌توان به سه دسته تقسیم کرد:

۱. *منافع طبیعی*: منافعی که بدون دخالت انسان از مالی حاصل می‌شود، مانند بوته‌ها و درختان خودرو، منافع طبیعی نام دارد و به تابعیت از زمین به مالک آن تعلق پیدا می‌کند.

۲. *منافع مصنوعی*: که در اثر کار شخص به وجود می‌آید، مانند محصولات زمینهای مزروعی و میوه‌های درختان. در این مورد نیز، تمام منافع به مالک تعلق پیدا می‌کند،

---

۱. برای مطالعه دربارهٔ اوصاف منفعت و معانی عام و خاص ثمره و ارتباط آن با محصول، رک. ش ۳۰.

هرچند که در اثر کار دیگران ایجاد شده باشد. به عنوان مثال، زارعی که به حساب و فرمان مالک زمینی را شخم می‌زند و در آن تخم می‌پاشد، اصولاً حقی بر ثمرهٔ حاصل از کار خود ندارد، و فقط می‌تواند دستمزد معین را که به او وعده داده شده است بخواهد.

گاه مطابق عرف محل، بخشی از محصول در مقابل کار زارع به او داده می‌شود، ولی به‌طور کلی حق کارگر حق دینی است که به ذمهٔ کارفرما تعلق می‌گیرد و مادهٔ ۳۳ قانون مدنی، در تأیید همین اصل، مقرر می‌دارد: «*نماء و محصولی که از زمین حاصل می‌شود مال مالک زمین است، چه به خودی خود روئیده باشد یا به واسطهٔ عملیات مالک...*»

۳. *منافع عهدی*: گاهی، به‌جای آنکه مالک از منافع مال خود به‌طور مستقیم استفاده کند و در برابر استفادهٔ از منفعت زیانهای احتمالی کار خود را نیز به عهده بگیرد، بهره‌برداری از مال را در برابر پول معین به دیگری واگذار می‌کند:

مالک مزرعه‌ای، اگر توانایی زراعت را نداشته باشد و بخواهد به‌طور ثابت درآمدی تحصیل کند، می‌تواند مزرعه را به دیگری اجاره دهد و عوض منافع واگذار شده را به‌طور مقطوع از او بگیرد. پس، منفعت عهدی در اثر قرارداد و توافق مالک با دیگران ایجاد می‌شود و به همین دلیل آن را عهدی یا قراردادی می‌نامند.

۱۶۱. محصولات و نماآت حبه و اصله:

در فرض سابق دیدیم که، اگر مالک زمین تخمی در آن بکارد یا نهالی را غرس کند، به تابعیت از آن، مالک محصول است. اکنون باید دید، هرگاه مالکی حبه یا نهال دیگری را در زمین خود بکارد، محصولی که از این راه به‌دست می‌آید، به او تعلق دارد یا به مالک حبه و نهال؟

آیا این ادعای صاحب زمین پذیرفته است که، محصول در اثر وجود مواد غذایی زمین به وجود آمده و او به تبع این مواد مالک نتایج حاصل از آن نیز هست، یا باید گفت که محصول یا میوه در حقیقت نتیجه و ثمرهٔ نهال و حبه است و، چون در راه به ثمر رسیدن آن از ملک غیر استفاده شده است، صاحب زمین تنها حق مطالبهٔ اجارهٔ آن را دارد؟

مادهٔ ۳۳ قانون مدنی به این پرسش پاسخ داده و، پس از اعلام قاعدهٔ کلی (مالکیت صاحب زمین) گفته است: «*... مگر اینکه نما یا حاصل، از اصله یا حبهٔ غیر حاصل شده*

باشد، که *در این صورت*، درخت و محصول *مال صاحب اصله یا حبه خواهد بود، اگرچه بدون رضای صاحب زمین کاشته شده باشد.*» پس، اگر کسی حبه واصلهٔ دیگری را در زمین خود بکارد، یا زمین دیگری را غصب کند و تخم و نهال متعلق به خود را در آن بکارد، در هر حال درخت و محصولی که از آن به بار می‌آید بـه صـاحب زمـین تـعلق ندارد.[1]

۱۶۲. نتاج حیوانات:

چون اعمال قاعدهٔ مالکیت تبعی در مورد نتاج حیوانات نیز ایجاد اختلاف می‌کند و ممکن است توهم شود که حمل، در حقیقت همان نطفه است که در اثر قرار گرفتن در محیط مناسب به صورت بچهٔ حیوان درآمده، قانون مدنی در مادهٔ ۳۴ مقرر داشته است که: «*نتاج حیوانات در ملکیت تابع مادر است و هرکس مالک مادر شد مالک نتاج آن هم خواهد شد.*»

عبارت ماده مجمل است و سبب این پندار می‌شود که، هرگاه حیوان حاملی فروخته شود بچهٔ آن نیز از توابع مبیع است، ولی باید دانست که قانونگذار در مقام بیان چگونگی انتقال حمل نبوده است. زیرا، مادهٔ ۳۵۸ صراحت دارد که: «*حمل در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی‌شود، مگر اینکه تصریح شده باشد، یا بر حسب عرف از توابع مبیع شمرده شود*». پس، مادهٔ ۳۴ فقط ناظر به فرضی است که پدر و مادر حیوانی از آن یک شخص نباشد و صاحبان آنها در مالکیت بچه با یکدیگر اختلاف پیدا کنند.

گفتار دوم ـ مالکیت تبعی بر متعلقات مال

۱۶۳. مالکیت فضا و قرار زمین:

مطابق مادهٔ ۳۸ قانون مدنی: «*مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آنست، تا هرکجا بالا رود، و همچنین است نسبت به زیرزمین. بالجمله مالک حق همه‌گونه تصرف*

---

۱. برای دیدن مبنای این ماده در فقه، رک. محقق، شرایع، احکام غصب، ص ۷۷۳: «اذا غصب حبّاً فزرعه... قیل الزرع للغاصب و قیل للمغصوب منه و هو الاشبه» ـ «لو غصب ارضا فزرعها او غرسها، فالزرع و نمائه للزارع...» ـ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۲، کتاب غصب.

در هوا و قرار دارد مگر آنچه را که قانون استثناء کرده باشد.»

مالک زمین، نه تنها می‌تواند در فضا و قرار ملک خود تصرف کند، حق دارد مانع از تصرف دیگران نیز بشود. چنان‌که مادهٔ ۱۳۰ قانون مدنی در پیرو همین اصل مقرر داشته است که: «*کسی حق ندارد از خانهٔ خود به فضای خانهٔ همسایه بدون اذن او خروجی بدهد، و اگر بدون اذن خروجی بدهد ملزم به رفع آن خواهد بود.*» و در مادهٔ ۱۳۱ می‌افزاید: «*اگر شاخهٔ درخت کسی داخل فضای خانه یا زمین همسایه شود، باید از آنجا عطف کند، و اگر نکرد، همسایه می‌تواند آن را عطف کند و اگر نشد از حد خانهٔ خود قطع کند. و همچنین است حکم ریشه‌های درخت که داخل ملک غیر می‌شود.*»[1]

آثار مالکیت فضا و قرار زمین محدود به این دو ماده نیست، و از ملاک آن بخوبی برمی‌آید که حق مالک زمین بر فضا و قرار انحصاری است. پس، مالک حق دارد از عبور سیمهای تلفن و برق و لولهٔ آب در هوا یا اعماق زمین خود جلوگیری کند، یا اگر دیوار همسایه به ملک او متمایل شود قلع آن را از دادگاه بخواهد.

منتها، باید توجه داشت که اختیار مالک همیشه به این اطلاق باقی نمی‌ماند، و قانونگذار برای حفظ منافع عمومی آن را محدود می‌سازد: چنان‌که، نسبت به آثار باستانی کشف شده در زمین یا معادن واقع در آن، قانون مالکیت خصوصی را محدود کرده وگاه نیز از بین برده است. تحمیل حق ارتفاق مربوط به عبور سیم تلفن و برق نیز از همین گونه است. همچنین، آزادی و نظم عبور هوایی از فضای سرزمین هر دولت ایجاب می‌کند که مالکان خصوصی راه عبوری را که دولت مقرر می‌کند در فضای خود بپذیرند و نظم عمومی را گردن نهند.[2]

۱۶۴. فضا و قرار شوارع عمومی:

راههای عمومی، مانند خیابانها و کوچه‌های غیراختصاصی، از اموال و مشترکات عمومی است و تمام مردم می‌توانند برای آمد و رفت از آن استفاده کنند. بنابراین، هیچ‌کس حق ندارد، با احداث چاه و پله و ناودانهایی که آب بروی عابرین می‌ریزد، یا

---

۱. محقق، شرایع، کتاب صلح، ص ۳۷۲.
۲. رک. ش ۱۰۶.

مسدود ساختن بخشی از آن، مزاحم استفادهٔ سایرین گردد، یا با ساختن سقف راه عمومی را از نور و هوای کامل محروم سازد، یا سرانجام حیوانات سواری و باری را در معابر بتازاند، و در اثر حمل کثافات خلاف بهداشت عمومی رفتار کند. این گونه اعمال، به تفصیل در آئین‌نامهٔ امور خلافی مصوب ۲۴/۵/۲۲ پیش‌بینی شده بود (بند ۱-۳-۵-۹-۱۴-۱۶-۱۸-۲۱- ۲۷-۳۲-۴۳ مادهٔ اول آئین‌نامه امور خلافی و بند ۱-۲-۳ مادهٔ دوم آئین‌نامه مزبور) و اکنون نیز بخشی از آنها را در قانون مجازات اسلامی (دیات) می‌بینیم.

ولی، تصرفاتی که مزاحم حال رهگذران نمی‌شود، مانند نشستن به‌گونه‌ای که مانع عبور نشود[1] و احداث خروجی و غرس درخت،[2] با اجازهٔ شهرداری اصولاً امکان دارد.

۱٦۵. مالکیت بنا و درخت روی زمین:

اگر مالک زمین با مصالح متعلق به خود بنایی در آن بسازد یا نهالی بکارد، بنا و درخت ملک او است. برعکس، اگر با مصالح دیگری ساختمانی بسازد، مالک آن نیست و صاحب مصالح می‌تواند از دادگاه قلع بنا را بخواهد. مادهٔ ۳۱۳ ق.م. در این باره می‌گوید: «*هرگاه کسی در زمین خود با مصالح متعلقه به دیگری بنائی بسازد، یا درخت غیر را بدون اذن مالک در آن زمین غرس کند، صاحب مصالح یا درخت می‌تواند قلع یا نزع آن را بخواهد، مگر اینکه به اخذ قیمت تراضی نمایند.*» بنابراین مالکیت زمین برای تصاحب درختها و بناهایی که بر روی زمین وجود دارد، به تنهایی کافی نیست.

ولی، نظر به اینکه غصب درخت و مصالح دیگری مخالف با ظاهر است و مالک به شیوهٔ معمول با استفاده از اموال خود در زمین درختکاری و بنایی می‌کند، مادهٔ ۳۹ قانون مدنی بر مبنای این غلبه و ظهور اعلام می‌کند: «*هر بنا و درخت که در روی زمین است و همچنین هر بنا و حفری که در زیرزمین است، ملک مالک آن زمین محسوب می‌شود، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.*» در حقیقت مادهٔ ۳۹ یکی از مصداقهای امارهٔ تصرف است، زیرا مالک، به تبعیت از تصرف زمین، متصرف بنا و اشجار واقع در آن نیز هست.

---

۱. محقق، شرایع، ص ۳۶۹ و ۷۹۵.

۲. همان کتاب.

۱٦٦. مالکیت چشمهٔ واقع در زمین:

مالک زمین، به تبع حق اصلی که بر عین دارد، صاحب چشمهٔ واقع در آن نیز هست. مادهٔ ۹۶ ق.م. در تأیید مالکیت تبعی صاحب زمین، مقرر داشته است که: «*چشمهٔ واقعه در زمین کسی محکوم به ملکیت صاحب زمین است، مگر اینکه دیگری نسبت به آن چشمه عیناً یا انتفاعاً حقی داشته باشد.*» پس، اگر کسی ادعا کند که چشمهٔ واقع در ملک دیگری به او تعلق دارد، یا حق انتفاع از آن چشمه برای او مقرر شده است باید ادعاء خود را ثابت کند.

یادآوری این نکته لازم است که به موجب قانون آب و نحوهٔ ملی شدن آن مصوب ۴۷/۵/۷ و قانون توزیع عادلانهٔ آب، چشمه‌ها در زمرهٔ اموال عمومی درآمده و استفاده از آن مشروط به صدور پروانهٔ مصرف از طرف نیرو است.

مبحث چهارم: ایجاد و زوال مالکیت

گفتار نخست ـ اسباب تملک

۱۶۷. نظریهٔ اسباب تملک در قانون مدنی:

نظر به اهمیت ویژه‌ای که در سدهٔ هجدهم میلادی برای مالکیت خصوصی و احترام به این حق قائل بودند، نویسندگان قانون مدنی فرانسه نظریهٔ «*اسباب تملک*» را چنان آراستند که ارث و قواعد عمومی تعهدات و قراردادها نیز در زمرهٔ این اسباب قرار گیرد (مواد ۷۱۱ به بعد ق.م. فرانسه). روزی که قانون مدنی ایران تهیه می‌شد، شهرت قانون مدنی فرانسه به اندازه‌ای بود که قانونگذاران سایر کشورها کم و بیش از آن نمونه الهام می‌گرفتند و نخستین قانون مدون را می‌ستودند.

این شهرت و نفوذ، که چندان هم بی‌مورد و ناروا نبود، نویسندگان قانون مدنی را نیز به تقلید واداشت: جلد اول قانون مدنی با عنوان «*اموال*» به سه کتاب نامتناسب: ۱) بیان اموال و مالکیت به‌طور کلی شامل مواد ۱۱ تا ۱۳۹، ۲) اسباب تملک حاوی مواد ۱۴۰ تا ۹۴۹، ۳) مقررات مختلفه مواد ۹۵۰ تا ۹۵۵، تقسیم شد. کتاب دوم، تمام مباحث مربوط به احیاء اراضی موات و حیازت سایر اموال مباح، عقود و تعهدات، اخذ به شفعه و ارث را در خود جمع کرد، در حالی که

هیچ ارتباط و تناسبی بین آنها وجود نداشت: حقوق عینی و دینی به هم آمیخت و ارث و اخذ به شفعه نیز در ان به غلط افتاد. تنها وجه تناسب عنوانها این بود که همه وسیلهٔ کسب مال قرار می‌گرفت. مادهٔ ۱۴۰ ق.م. با عنوان «*اسباب تملک*» بدین عبارت شکل گرفت: «*تملک حاصل می‌شود: ۱) به احیاء اراضی موات و اشیاء مباحه ۲) به وسیلهٔ عقود و تعهدات ۳) به وسیلهٔ اخذ به شفعه ٤) به ارث*». در این تقسیم مرور زمان و تصرف نیامده است، زیرا مرور زمان مملک در حقوق ما وجود ندارد و تصرف نیز امارهٔ وجود حق مالکیت است نه سبب ایجاد آن.

از این اختلاط ناپسند در قوانین جدیدتر پرهیز شده است: قانون مدنی آلمان «*حقوق تعهدات*» (مواد ۲۴۱-۸۵۳) را از «*حقوق مالکیت*» (مواد ۸۵۴-۲۹۶) جدا کرد و در دو کتاب جداگانه مطرح ساخت. در سویس، مجموعهٔ قانون تعهدات از قانون مدنی جدا شد و استقلال یافت. قانون جدید مصر نیز شیوهٔ تدوین گذشته را رها ساخت و نظریهٔ التزام و عقود را از حقوق عینی و مالکیت جداکرد، ولی در اسباب مالکیت نیز عقود را آورد. قوانین سایر کشورهای عربی و از جمله الجزایر نیز به همین راه رفت.[۱] ولی قانون مدنی ایران، با اینکه دو بار مورد تجدیدنظر عمومی قرار گرفت، شیوهٔ تدوین فرانسوی را حفظ کرد. با وجود این، نویسندگان حقوقی از آغاز نیز اختلاط نابجا را نپذیرفتند و به راهی که معقول می‌دانستند رفتند.

اسباب تملک را به اعتبارهای گوناگون تقسیم کرده‌اند و از جملهٔ آنها است: ۱) اسباب تملک اصلی، که ایجاد ملکیت و حق می‌کند و اسباب فرعی یا مشتق، که سبب انتقال و جابه‌جایی حق مالکیت می‌شود ۲) اسباب ارادی یا انتقال مالکیت به ارادهٔ مالک و غیرارادی یا قهری (مانند ارث) ۳) اسباب تملک میان زندگان و به سبب مرگ ٤) اسباب تملک عام و خاص.[۲] ولی، بر این تقسیمها اثر عملی مهمی بار نیست و چه بسا باعث اختلال میان نهادهای گوناگون و نامتجانس نیز می‌شود.

---

۱. همچنین، رک. لیتونیوف، رسالهٔ حقوق مدنی لوئیزیانا، ج ۵، حقوق تعهدات، بخش ۱، تعهدات به‌طور کلی، ش ۱۰۱۳ ص ۲۵ دربارهٔ تغییر قانون مدنی در ۱۹۸۴.

۲. رک. مازو و شاباس، دروس حقوق مدنی، ج ۲، اموال، ج ۷، ۱۹۸۹، ش ۱۴۷۵ ـ الکس ویل، اموال، ش ۴۲۴ ـ دکتر احمد سنهوری، الوسیط، ج ۹، ش ۱ و ۲.

الف. احیاء اراضی موات و حیازت مباح

۱. احیاء اراضی موات

۱۶۸. مفهوم احیاء:

مادهٔ ۱۴۱ ق.م. در بیان مفهوم احیای زمین می‌گوید: «*مراد از احیای زمین آنست که، اراضی موات و مباحه را بوسیلهٔ عملیاتی که در عرف آباد کردن محسوب است، از قبیل زراعت، درختکاری، بنا ساختن و غیره، قابل استفاده نمایند.*» چگونگی آباد کردن زمین را، با توجه به هدفی که شخص در انتفاع از زمین دارد، معین می‌کنند: به عنوان مثال، آباد کردن زمین برای زراعت با آباد کردن به منظور احداث زمین ورزش یا بیمارستان متفاوت است. به همین جهت، قانون داوری نهایی را به عرف واگذار می‌کند تا انعطاف لازم را داشته باشد. با وجود این، آئین‌نامهٔ اجرایی قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۷/۴/۱۵ درصدد برآمده است که میزان و چگونگی احیاء را به نظم کشد و برای عمران نیز ضابطه معین کند: در تبصرهٔ مادهٔ اول آئین‌نامه آمده است: «*تناسب میزان زمین عمران و احیاء شده، با در نظر گرفتن مساحت زیربنا و مساحت کل زمین و فضای عمومی آن یا سطح زیر کشت و آیش و سایر تصرفاتی که با در نظر گرفتن مفاد این ماده عمران و احیاء محسوب می‌شود، طبق دستورالعملهای صادره توسط وزارت مسکن و شهرسازی تعیین خواهد شد.*» مادهٔ ۱۲ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶ نیز مقرر می‌دارد: «*تشخیص عمران و احیاء و تأسیسات متناسب و تعیین نوع زمین و تمیز بایر از موات به عهدهٔ وزارت مسکن و شهرسازی است. این تشخیص قابل اعتراض در دادگاه صالحه می‌باشد.*»

از لحاظ نظری، باید توجه داشت که احکام مربوط به قانون زمین شهری و آئین‌نامهٔ آن ویژهٔ «*زمینهایی است که در محدودهٔ قانونی و حریم استحفاظی شهرها و شهرکها قرار گرفته است*» (مادهٔ ۲ قانون زمین شهری) و احیای زمینی که خارج این محدوده است در حکومت عرف و قانون مدنی باقی است.[1] ولی، با گسترش یافتن روزافزون شهرها و

---

۱. برای دیدن نام شهرهایی که مشمول زمین شهری شده است، رک. صورت ضمیمهٔ قانون زمین شهری و نیز

ایجاد شهرکهای متعدد در اطراف آنها، می‌توان گفت بیشتر زمینهای قابل عمران و با ارزش در سطح کشور در نظارت کامل دولت قرار گرفته است و تنها با اذن و نظارت مقامهای عمومی احیاء آنها امکان دارد: به بیان دیگر، تخصیصی که با قانون زمین شهری صورت پذیرفته بخش مهمی از قانون عام (مدنی) را فرا گرفته و دامنهٔ آن رو به فزونی است.

۱٦۹. شروع به احیاء؛ حق تحجیر:

در جریان تملک اراضی، مهم‌ترین مسأله تحقق احیاء است: آنکه قصد تملک و انتفاع دارد می‌خواهد به اندک اقدامی که در راه آبادانی زمین کرده است نتیجهٔ مطلوب را بگیرد و آن را به ملکیت خود درآورد، ولی مقامهای عمومی لازم می‌بینند که تملک اموال عمومی پاداش احیاء واقعی زمین باشد و صورت‌سازی و زمین‌خواری جای آبادسازی را نگیرد. این دو نفع متضاد از دیرباز در ستیز بوده است و مادهٔ ۱۴۲ ق. م. نموداری از ادارهٔ این ستیز. در این ماده می‌خوانیم:«*شروع در احیاء، از قبیل سنگ چیدن اطراف زمین یا کندن چاه و غیره تحجیر است و موجب مالکیت نمی‌شود، ولی برای تحجیرکننده ایجاد حق اولویت در احیاء می‌نماید*». مادهٔ اول آیین‌نامهٔ اجرایی قانون زمین شهری مصوّب ۱۳۶۷/۴/۱۵ هم در همین زمینه تأکید می‌کند: «*منظور از عمران و احیاء قابل قبول مذکور در قانون زمین شهری، عمومات مذکور در مادهٔ ۱۴۱ قانون مدنی و مقررات بعدی در باب احیاء و عمران اراضی است و عملیاتی از قبیل شخم غیر مسبوق به احیاء و تحجیر و ریختن مصالح در زمین و حفر چاه و نظائر آن عمران و احیاء محسوب نمی‌گردد*».

این مواد مربوط به احیای زمین است و آن را با حیازت آب مباح نباید مخلوط کرد:[1] برای مثال حفر چاه و حتی رسیدن به آب به تنهایی کافی برای احیای زمین نیست، ولی سبب تملّک آب مباح می‌شود (مادهٔ ۱۶۰ ق.م.).

با اینکه تغییر وضع حقوقی زمین پیش از احیای کامل صورت نمی‌پذیرد، شروع به

← مادهٔ واحدهٔ قانون اصلاح قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۸/۴/۲۸.

۱. رک. مرحوم دکتر سید حسن امامی، ج۱، ص ۱۳۲.

احیاء حق تقدمی ایجاد می‌کند که سایر داوطلبان تملک زمین را از رقابت با آغازکننده باز می‌دارد. این حق را «تحجیر» می‌نامند که مثال شایع آن دیوارکشی و محصورکردن زمین است و مادهٔ ۱۴۸ ق.م. نهرکنی به منظور اتصال آن به رودخانه را نیز پیش از اتصال «تحجیر» می‌نامد. پس، باید گفت: هر اقدامی که به تناسب هدف احیاء کننده در دید عرف مقدمهٔ رسیدن به آن است، تحجیر نامیده می‌شود: مانند شخم زدن برای زراعت و پی‌کندن برای ساختمان و چاه‌کنی برای آبیاری. مادهٔ ۱۴۲ ق.م. سنگ چیدن اطراف زمین را نیز تحجیر گفته است. این مثال نشان می‌دهد که قانونگذار برای ایجاد حق تحجیر سختگیری نمی‌کند و تهیهٔ هر مقدمه راکافی می‌بیند، هرچند که به تنهایی مؤثر در احیاء نباشد؛ چنان‌که سنگ چیدن در احیاء زمین اثر ندارد، ولی در دید عرف یکی از نشانه‌های اختصاص است. منتها، باید توجه داشت که این گونه نشانه‌ها (مقدمات بعید) در صورتی تحجیر است که کار احیای اصلی را به دنبال داشته باشد. بنابراین، اگر شخصی اطراف زمین وسیعی را سنگ چین کند و آن را رها سازد یا معلوم باشد که توان احیای آن را ندارد، تحجیر تحقق نمی‌یابد.

حق تحجیر از اقسام حقوق عینی است و در برابر هر متجاوز می‌توان به آن استناد کرد. صاحب حق می‌تواند دیگری را از اقدام به احیاء بازدارد و از ادامهٔ تصرف هر غاصبی جلوگیری کند، هرچند که اقدام غاصب به احیای کامل زمین نیز منتهی شده باشد.[1]

۱۷۰. توابع احیاء:

احیای زمین سبب ایجاد حق بر توابع مالکیت زمین نیز می‌شود: برای مثال، احیای زمین موجب ایجاد حق بر حریم آن نیز هست. حتی می‌توان شروع به احیاء را باعث ایجاد حق تحجیر بر لوازم تحقق آن شمرد، چنان‌که اگر شخصی برای احیای زمین ناچار از عبور از زمین مباح مجاور باشد، حق تحجیر با امکان عبور از آن زمین همراه است و پس از آباد شدن زمین حق عبور از زمین مباح نیز به مالک زمین احیاء شده تعلق می‌یابد. مادهٔ ۱۴۴ ق.م. به یکی از شایع‌ترین توابع عرفی احیاء اشاره می‌کند. در این ماده

---

۱. دکتر سید حسن امامی، ج ۱، ص ۱۳۴.

آمده است: «*احیای اطراف زمین موجب تملک وسط نیز می‌باشد*». منتها، باید توجه داشت که تناسب آنچه باقی مانده و بخش احیاء شدهٔ اطراف زمین شرط ضروری این تملک است. باید در دید عرف بخش وسط زمین چهرهٔ تبعی پیدا کند و آباد به نظر آید. تبصرهٔ مادهٔ اول آئین‌نامهٔ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۷/۴/۱۵ نیز که به تناسب میزان عمران و احیاء شده با مساحت کل زمین اشاره می‌کند، نگران همین تناسب و تبعیت است. پس، اگر شخصی اطراف چندهکتار زمین را به عرض یک متر درختکاری کند یا گل بکارد، آن زمین را احیاء نکرده است. ولی، هرگاه بخشی از وسط زمینی که به باغ تبدیل شده به منظور ساختن بنا در آینده دست نخورده باقی بماند، نمی‌توان گفت آن بخش احیاء و تملک نشده است.

۱۷۱. عنصر معنوی احیاء؛ قصد تملک:

چنان‌که گفته شد، حیازت مباح در زمرهٔ اعمال حقوقی و عمل مادی احیاء در صورتی سبب مالکیت می‌شود که با قصد تملک همراه باشد.[۱] مادهٔ ۱۴۳ ق.م. به ویژه دراحیای زمین موات و مباح به لزوم این عنصر معنوی اشاره می‌کند و «*قصد تملک*» را شرط ایجاد مالکیت قرار می‌دهد. در این ماده می‌خوانیم: «*هر کس از اراضی موات و مباحه قسمتی را به قصد تملک احیاء کند مالک آن قسمت می‌شود*». پس، اگر گروهی از مهندسان زمینی را آباد سازند تا در جریان ساختن سدی عظیم از آن استفاده کنند، این اقدام آنان سبب تملک زمین نمی‌شود؛ در تحقق عنصر مادی آبادانی چیزی از حیازت و احیاء عرفی کم ندارد، لیکن از آنجا که عنصر معنوی «*قصد تملک*» آن کار مادی را اداره نمی‌کند، در جهان اعتبار رابطهٔ حقوقی (تعلق و تملک) نمی‌آفرینند.

از نتایج دیگر لزوم «*قصد تملک*» این است که اگر آبادکننده به نمایندگی دیگری اقدام کند، ملکیت برای کسی ایجاد می‌شود که دستور آباد کردن را داده و قصد تملک کرده است. پس، باید گفت «*ملکیت*» اثر قصد است و آباد کردن شرط نفوذ آن: یعنی حیازت و احیاء در زمرهٔ اعمال حقوقی است.

---

۱. رک. ش ۷۳.

۱۷۲. تملک زمین مباح:

قانون مدنی به اجمال مقرر کرده است که: *«احیاءکننده باید قوانین دیگر مربوطه به این موضوع را از هر حیث رعایت نماید»* (مادهٔ ۱۴۵). این اشارهٔ قانون نظری را تقویت می‌کند که زمین موات و مباح را ملک عموم و در نظارت دولت می‌داند و احیای مأذون از سوی دولت را مؤثر می‌شمارد. منتها، این اذن گاه عمومی است و به حکم قانون به همگان داده می‌شود و گاه مقید به شرایطی می‌شود که باید جداگانه تحقق یابد.

مادهٔ ۵ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲ که آخرین تحول در این زمینه است، به بحث دربارهٔ وضع حقوقی بخش مهمی از زمینهای موات پایان می‌بخشد و اعلام می‌کند: *«کلیهٔ زمینهای موات شهری، اعم از اینکه در اختیار اشخاص یا بنیادها و نهادهای انقلابی دولتی یا غیر دولتی باشد، در اختیار دولت جمهوری اسلامی است و اسناد و مدارک مالکیت گذشته ارزش قانونی ندارد. ادارات ثبت اسناد و املاک مکلفند به درخواست وزارت مسکن و شهرسازی، اسناد آنها را به نام دولت صادر نمایند، مگر اینکه از تاریخ ۱۳۵۷/۱۱/۲۲ توسط دولت واگذار شده باشد»*، مادهٔ ۸ نیز می‌افزاید: «کلیهٔ اراضی بایر شهری که صاحب مشخصی نداشته باشد در اختیار ولی فقیه می‌باشد».

بنابراین، احیاء و تملک زمینهای شهری از این پس تنها به اذن دولت و مقامهای عمومی صالح صورت می‌پذیرد و آزاد نیست. منتها، در این زمینه باید به دو نکتهٔ مهم در بارهٔ زمان و مکان اجرای قانون توجه داشت:

۱. قانون زمین شهری ناظر به آینده است: یعنی، شامل زمینهایی می‌شود که در تاریخ تصویب قانون موات است و احیای آن باید در آینده صورت پذیرد. ولی، چون به موجب قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن مصوب ۵ تیرماه ۱۳۵۸ و اصلاحات آن بخش مهمی از زمینهای تملک شدهٔ قبلی نیز به ملکیت دولت درآمده است، باید پذیرفت که دولت کوشیده است تا مالکیت خود را بر تمام زمینهای اطراف شهرها و شهرکها گسترش دهد، هرچند که پیش از آن نیز احیاء شده باشد.

۲. قوانین زمین شهری تنها بر اراضی داخل در محدودهٔ شهرهای پیش‌بینی شدهٔ در قانون حکومت دارد و سایر اراضی تابع اذن عام قانون در بارهٔ اباحهٔ احیاء است. ولی، نه تنها اصل ۴۵ قانون اساسی زمینهای موات یا رها شده را بدون هیچ قیدی در اختیار حکومت اسلامی قرار داد و ترتیب استفاده از آن را بر مبنای مصالح عموم با قانون

دانست، این محدودهٔ آزادی نیز بتدریج تنگ‌تر می‌شود و دیری نمی‌پاید که از احکام قانون مدنی در بارهٔ آزادی تملک زمین مباح تنها در کویرهای بزرگ نمی‌توان استفاده کرد. با وجود این، وضع عملی تملک اراضی با آنچه درکتابهای قانون می‌آید تفاوت دارد و هم‌اکنون نیز تملک مراتع و جنگلها و کوهها و حریم رودخانه یکی از پرسودترین وسایل تحصیل ثروت است.

۲ـ حیازت آبهای مباح

۱۷۳. اهمیت بحث و تحول نظام آبیاری:

درکشور پهناور وکم آبی که هنوز نتوانسته است علم و وسائل فنی کنونی را در اختیار بگیرد و آبهای هرز را مهار کند، نظام استفاده از آبهای موجود و شیوهٔ آبیاری اهمیت فراوان دارد. به همین جهت، در قانون مدنی احکام مفصلی در باب حیازت آبهای مباح به چشم می‌خورد: باب دوم از بخش اول اسباب تملک با عنوان «*حیازت مباحات*» ارائه می‌شود، ولی تمام مواد آن (۱۴۶ - ۱۶۰) مربوط به چگونگی حیازت و تملک آبهای مباح است و تنها دو مادهٔ ۱۴۶ و ۱۴۷ به مفهوم حیازت و تملک به طور کلی می‌پردازد.

نظام قانون مدنی در زمینهٔ تملک آب بر پایهٔ حمایت از ابتکارهای خصوصی است: آبهای رودخانه‌ها و چشمه‌سارهای طبیعی و آبهای زیرزمینی سرمایهٔ خدادادی است که به هیچ کس تعلق ندارد و آنکه دامن همت به کمر بندد و طبیعت آزاد را رام و مسخر کند به مالکیت آب دست می‌یابد. مادّهٔ ۱۴۸ مقرر می‌دارد: «*هر کس در زمین مباح نهری بکند و متصل کند به رودخانه، آن نهر را احیاء کرده و مالک آن نهر می‌شود، ولی مادامی که متصل به رودخانه نشده است تحجیر محسوب می‌شود*» و مادهٔ ۱۴۹ می‌افزاید: «*هرگاه کسی به قصد حیازت مباحه نهر یا مجری احداث کند، آب مباحی که در نهر یا مجرای مزبور وارد شود ملک صاحب مجری است و بدون اذن مالک نمی‌توان از آن نهری جدا کرد یا زمینی را مشروب نمود*»و در مورد آبهای زیرزمینی داریم که: «*هر کس در زمین خود یا اراضی مباحه به قصد تملک قنات یا چاهی بکند تا به آب رسد یا چشمه جاری کند، مالک آب آن می‌شود و در اراضی مباحه، مادامی که به آب نرسیده تحجیر محسوب است*» (ماده ۱۶۰ ق.م.).

ولی، تجربه نشان داد که با این نظام نیازهای آبیاری کشور برآورده نمی‌شود و نزاعها بر سر تملک آب و تقسیم آن بالا می‌گیرد. دولت احساس می‌کرد که باید برای جمع‌آوری آبهای مباح و پراکنده به سدسازی بپردازد و منابع آب را عادلانه توزیع کند. وانگهی، این منبع عظیم نیرو و وابستگی آن به نیروی برق و صنایع دیگر از اموال مباح نبود و در شمار ثروت محسوب می‌شد. پس، سیاست حمایت از ابتکار آزاد را رها ساخت و اجرای عدالت توزیعی را شعار خود ساخت. قوانین گوناگون در اجرای سیاست جدید به تصویب رسید که مهمترین آنها «*قانون حفظ و حراست منابع آبهای زیرزمینی کشور*» مصوب دهم خرداد ۴۵ و قانون آب و نحوهٔ ملی شدن آن مصوب ۴۷/۵/۷ بود.

اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی با این عبارت تمام آبهای کشور را در اختیار حکومت اسلامی نهاد: «انفال و ثروتهای عمومی، از قبیل دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آبهای عمومی... در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آنها عمل نماید. تفصیل و ترتیب استفاده از هریک را قانون معین می‌کند». قانون توزیع عادلانهٔ آب مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۶ در مقام اجرای اصل ۴۵ ق.ا. تمام آبهای سطحی و زیرزمینی را در زمرهٔ مشترکات عمومی آورد و مسؤولیت حفظ و اجازه و نظارت بر بهره‌برداری از آنها را به دولت واگذار کرد (مادهٔ یک) و بستر انهار طبیعی و سیلها و مردابها و برکه‌های طبیعی را اراضی ساحلی را نیز بر آنها افزود (مادهٔ ۲) و ادارهٔ آبهای کشور را بر اساس «مالکیت عمومی و ملی آب» تنظیم کرد و هم‌اکنون نظام آبیاری کشور را باید در آن جستجو کرد.

در این قانون، نظام بهره‌برداری از آبهای زیرزمینی و سطحی جداگانه تمهید شده است:

۲ـ۱. آبهای زیرزمینی

۱۷۴. پروانهٔ حفر و بهره‌برداری:

بر طبق مادهٔ ۳ قانون توزیع عادلانهٔ آب: «استفاده از منابع زیرزمینی، به استثنای موارد مذکور در مادهٔ ۵ این قانون، از طریق حفر هر نوع چاه و قنات و توسعهٔ چشمه در هر منطقه از کشور با اجازه و موافقت وزارت نیرو باید انجام شود و وزارت مذکور، با توجه به خصوصیات

هیدروژئولوژی منطقه (شناسایی طبقات زمین و آبهای زیرزمینی) و مقررات پیش‌بینی شده در این قانون، نسبت به صدور پروانهٔ حفر و بهره‌برداری اقدام می‌کند.

«تبصره ـ از تاریخ تصویب این قانون، صاحبان کلیه چاههایی که در گذشته بدون اجازهٔ وزارت نیرو حفر شده باشد، اعم از اینکه چاه مورد بهره‌برداری قرار گرفته یا نگرفته باشد، موظفند طبق آگهی که منتشر می‌شود به وزارت نیرو مراجعه و پروانهٔ بهره‌برداری اخذ نمایند. چنانچه وزارت نیرو هر یک از این چاهها را لااقل طبق نظر دو کارشناس خود مضر به مصالح عمومی تشخیص دهد، چاه بدون پرداخت هیچ گونه خسارتی مسدود می‌شود و بهره‌برداری از آن ممنوع بوده و با متخلفین طبق مادهٔ ۴۵ این قانون رفتار خواهد شد. معترضین به رأی وزارت نیرو می‌توانند به دادگاههای صالحه مراجعه نمایند».

بدین ترتیب، حیازت آبهای زیرزمینی، همانند استفاده از ثروتهای ملی و عمومی، تنها با اذن و نظارت دولت انجام می‌پذیرد و دخالت دادگاه نیز در این رابطه اندک و گاه بی‌ثمر است.

۱۷۵. چاههای خانگی:

استثنای مادهٔ ۵ در بارهٔ حفر چاه و استفاده از آب برای مصرف خانگی است، مشروط بر اینکه ظرفیت آبدهی آن از ۲۵ متر مکعب در شبانه روز تجاوز نکند. در مورد این‌گونه چاههای کوچک و خانگی نیز، با اینکه نیاز به پروانهٔ حفر و بهره‌برداری ندارد، موضوع حفر و استفاده باید به اطلاع وزارت نیرو برسد و «*وزارت نیرو در موارد لازم می‌تواند از این نوع چاهها، به منظور بررسی آبهای منطقه و جمع‌آوری آمار و مصرف آن بازرسی کند*».

نکتهٔ مهم در این‌گونه چاهها تجاوز همسایه به حریم آبدهی چاه مقدم است که وزارت نیرو تنها نقش میانجی و صلح‌دهنده را دارد. زیرا، در تبصرهٔ ۲ آمده است: «*وزارت نیرو بدواً به موضوع رسیدگی و سعی در توافق بین طرفین می‌نماید و چنانچه توافق حاصل نشد معترض می‌تواند به دادگاه صالح مراجعه نماید*». در قانون پیش‌بینی نشده است که رسیدگی دادگاه بر طبق چه قانونی انجام می‌شود؟ آیا قانون حاکم قواعد حریم در قانون مدنی است یا احکام موجود در قانون توزیع عادلانهٔ آب؟

پاسخ کامل این پرسش را باید در مبحث حریم دید. ولی، به اجمال نیز می‌توان پاسخ گفت که در این فرض رعایت حریم قنات و چاه مجاور ضروری است و دادگاه باید از اقدامی که تجاوز به حریم دیگران است جلوگیری کند. تبصرهٔ مادهٔ ۱۷ در مورد حریم چاه و قناتی که در ملک

دیگری واقع شده است می‌گوید: «*تشخیص حریم چاه و قنات و مجرا باکارشناسان وزارت نیرو است و در موارد نزاع، محاکم صالحه پس ازکسب نظر ازکارشناسان مزبور به موضوع رسیدگی خواهند کرد*».

۱۷۶. بهره‌برداری از آب زاید بر مصرف معقول:

مادهٔ ۷ قانون فرض موردی را می‌کند که میزان آب چاه زیادتر از مصرف معقول (متعارف) صاحب چاه باشد. بر طبق احکام حیازت آب مباح در قانون مدنی، آب حیازت شده ملک صاحب چاه است و می‌تواند آن را بفروشد یا به هر مصرف دیگری که می‌خواهد برساند(مواد ۳۰ و ۱۶۰ ق.م.). ولی قانون توزیع عادلانهٔ آب این اختیار را به مرز «*مصرف معقول*» و شخصی محدود کرده است. بخش زیادتر باید به نظارت دولت به مصرف برسد: مادهٔ ۷ چنین حکم می‌کند: «*در مورد چاههایی که مقدار آبدهی مجاز آن بیش از میزان مصرف معقول صاحبان چاه باشد و مازاد آب چاه با ارائهٔ شواهد و قرائن برای امور کشاورزی، صنعتی و شهری مصرف معقول داشته باشد، وزارت نیرو می‌تواند تا زمانی که ضرورت اجتماعی ایجاب کند، با توجه به مقررات و رعایت مصالح عمومی، برای کلیهٔ مصرف کنندگان اجازهٔ مصرف صادر نماید و قیمت عادلهٔ آب به صاحب چاه پرداخته شود*». پس، صاحب چاه نمی‌تواند آبی راکه از ثروت ملی حیازت کرده است و زیادتر از مصرف او است تفریط کند یا به بهایی که قانون عرضه و تقاضا معین می‌کند بفروشد یا خریداران را خود برگزیند. دولت، به عنوان توزیع‌کنندهٔ عادلانهٔ این ثروت، آن را به بهای متعادل در اختیار مصرف‌کنندگان منتخب خود قرار می‌دهد و قیمت عادله را به صاحب چاه می‌پردازد. منتها، در این اقدام عمومی، معیار درستی کار دولت «*ضرورت اجتماعی*» و «*مصالح عمومی*» است نه سودجویی یا ارضای هدفهای شخصی. به‌همین جهت، اگر مأمور حفظ حقوق عمومی از اختیار خود سوء استفاده کند، مسؤول زیانهای ناشی از آن است (مادهٔ ۱۱ ق.م.م.) و دیوان عدالت اداری نیز می‌تواند تصمیم نابجای مأمور متجاوز را ابطال کند (مادهٔ ۱۱ ق. د.ع.ا.).

۱۷۷. امکان منع موقت از حفر چاه و قنات و افزایش بهره‌برداری:

در مقام توزیع عادلانهٔ آب و ادارهٔ آن، وزارت نیرو می‌تواند افزایش بهره‌برداری از آبهای زیرزمینی را برای مدتی ممنوع سازد. در این صورت، حفر چاههای کوچک خانگی (ظرفیت ۲۵

متر مکعب آبدهی در روز) یا استفاده از چاههای موجود نیز با موافقت کتبی وزارت نیرو امکان دارد (تبصرهٔ مادهٔ ۵). مادهٔ ۴ قانون در بارهٔ امکان این منع موقت و شرایط آن می‌گوید: «*در مناطقی که به تشخیص وزارت نیرو مقدار بهره‌برداری از منابع آبهای زیرزمینی بیش از حد مجاز باشد و یا در مناطقی که طرحهای دولتی ایجاب نماید، وزارت نیرو مجاز است، با حدود جغرافیایی مشخص، حفر چاه عمیق و نیمه عمیق و یا قنات و یا هرگونه افزایش در بهره‌برداری از منابع آب منطقه را برای مدت معین ممنوع سازد. تمدید یا رفع این ممنوعیت با وزارت نیرو است*». پس، ایجاد منطقهٔ ممنوع منوط به شرایط زیر است:

۱) تعیین حدود جغرافیایی مشخص؛

۲) مدت معین، به تشخیص عرف؛

۳) فزونی بهره‌برداری از حد مجاز یا ضرورت اجرای طرحهای دولتی.

تجاوز از هر یک از شروط ممکن است منتهی به ابطال تصمیم وزارت نیرو از سوی دیوان عدالت اداری شود: بدین ترتیب که اشخاص زیان دیده از این تصمیم ابطال آن را از دیوان بخواهند و پس از رسیدگی احراز شود که به قانون تجاوز شده است.

۱۷۸. جلوگیری از آلودگی آب:

در مادهٔ ۹ قانون می‌خوانیم: «*در مواردی که آب شور و یا آب آلوده با آب شیرین مخلوط شود، چنانچه وزارت نیرو لازم تشخیص دهد می‌تواند، پس از اطلاع به صاحبان و استفاده‌کنندگان، مجرای آب شور یا آلوده را مسدود کند، و در صورتی که این کار از لحاظ فنی امکان‌پذیر نباشد، چاه یا مجری را بدون پرداخت خسارت عندالاقتضاء مسدود و یا منهدم سازد. چنانچه مسلم شود چاه شرایط و مشخصات مندرج در پروانه حفر و بهره‌برداری را رعایت نموده است، خسارت وارده بر صاحب چاه را وزارت نیرو جبران خواهد کرد*». بنابراین، هرگاه حفر چاه یا مجرا باعث آلودگی آب شود، وزارت نیرو باید به گونه‌ای از اختلاط زیان‌بار جلوگیری کند. تمیز لزوم این اقدام با وزارت نیرو است، ولی نظارت بر این اختیار نیز از صلاحیت دیوان خارج نیست و معیار درستی آن رعایت مصلحت عمومی است. اطلاع به مالک یا استفاده کننده نیز از شرایط ضروری اعمال این اختیار است تا مالک بتواند در صورت لزوم با رجوع به مقام صالح قضایی از تجاوز به حق خود جلوگیری کند. مادهٔ ۴۶ قانون نیز به صراحت آلوده کردن آب را ممنوع کرده و سازمان حفاظت محیط‌زیست را مأمور جلوگیری از آلودگی

منابع آب ساخته است.

در بارهٔ جبران خسارت زیان دیده، باید بین موردی که آلودگی به اتفاق صورت پذیرفته یا بی‌مبالاتی مأموران دولت در صدور پروانهٔ حفر و بهره‌برداری سبب آن شده است با موردی که تجاوز حفر کنندهٔ مجرای و چاه یا بهره‌بردار از قانون باعث آلودگی شده تفاوت گذارد: در فرض نخست، جبران خسارت با وزارت نیرو است و در فرض دوم ناشی از اقدام مالک است و باید آن را تحمل کند.

۱۷۹. احیای قنات و چاه متروک و بایر:

در قانون توزیع عادلانهٔ آب، نه تنها دولت بر بهره‌برداری از آبهای زیرزمینی نظارت می‌کند، به احیای چاههای بایر و رها شده نیز می‌پردازد. مادهٔ ۱۶ در مقام بیان چگونگی اعمال این ولایت مقرر می‌دارد: «*وزارت نیرو می‌تواند قنات یا چاهی که به نظر کارشناسان این وزارتخانه بایر یا متروک مانده و یا بعلت نقصان فاحش آب عملاً مسلوب المنفعة باشد، در صورت ضرورت اجتماعی، به مالک یا مالکین احیاء آنها را تکلیف نماید و، در صورت عدم اقدام مالک یا مالکین تا یک سال پس از اعلام، وزارت نیرو می‌تواند رأساً آنها را احیاء نموده و هزینهٔ صرف شده را در صورت عدم پرداخت مالک یا مالکین از طریق فروش آب وصول نماید. همچنین، می‌تواند اجازهٔ حفر چاه یا قنات در حریم چاه یا قنات فوق‌الذکر صادر نماید*».

۱۸۰. جلوگیری از تفریط آب:

در قانون برای جلوگیری از تفریط آب، تمهیدهایی اندیشیده شده است، از جمله:

۱. «*برای جلوگیری از اتلاف آب زیرزمینی، خصوصاً در فصولی از سال که احتیاج به بهره‌برداری از آب زیرزمینی، نباشد. صاحبان چاههای آرتزین یا قناتهایی که منابع آنها تحت فشار باشد موظفند از طریق نصب شیر و دریچه از تخلیه دائم آب زیرزمینی جلوگیری کنند*»(مادهٔ ۱۰).

۲. «*در چاههای آرتزین و نیمه آرتزین، دارندگان پروانهٔ چاه مکلفند، چنانچه وزارت نیرو لازم بداند، بوسیلهٔ پوشش جداری و یا طرز مناسب دیگری به تشخیص وزارت نیرو از نفوذ آب مخزن تحت فشار در قشرهای دیگر جلوگیری کنند*»(مادهٔ ۱۱).

۳. «*هر چاه به استثنای چاههای مذکور در مادهٔ ۵ این قانون، در صورت ضرورت به‌تشخیص*

وزارت نیرو، باید مجهز به وسائل اندازه‌گیری سطح آب و میزان آبدهی طبق نظر وزارت نیرو باشد. چنانچه اندازه‌گیری آب استخراجی از چاه و وجود کنتور نیز ضروری باشد، وزارت نیرو به هزینهٔ صاحب پروانه به تهیه و نصب کنتور اقدام می‌نماید. در هر حال دارندگان پروانه مکلفند گزارش مقدار آب مصرف شده را طبق درخواست و دستورالعمل وزارت نیرو ارائه دهند» (مادهٔ ۱۳).

۱۸۱. رعایت حریم قنات و چاه؛ارجاع:

در مقام توزیع عادلهٔ آب، قانون تشخیص حریم چاه وقنات و مجرا را با کارشناسان وزارت نیرو و در مورد نزاع با دادگاه می‌داند. ولی دادگاه نیز باید از نظر کارشناسان وزارت نیرو در تمیز حق استفاده کنند (تبصرهٔ مادهٔ ۱۷). در بارهٔ حریم منابع آبدهی احکام دیگری در قانون وجود دارد که بحث در بارهٔ آنها را به مبحث حریم واگذار می‌کنیم[۱].

۲ـ۲. آبهای سطحی

۱۸۲. مرجع توزیع‌کننده:

در آبهای سطحی نیز، مانند آبهای زیرزمینی، مرجع توزیع کنندهٔ آب وزارت نیرو است و این وظیفه را با صدور پروانهٔ خاصی برای بهره‌برداری انجام می‌دهد. مادهٔ ۱۲ قانون توزیع عادلانه آب در این باره اعلام می‌کند: *«تخصیص و اجازهٔ بهره‌برداری از منابع عمومی آب برای مصارف شرب، کشاورزی، صنعت و سایر موارد منحصراً با وزارت نیرو است»*. با وجود این، تبصره‌های این ماده در بارهٔ تقسیم و توزیع آب بخش شهری و روستایی و کشاورزی و صنعتی احکام جداگانه‌ای دارد که باید مورد توجه قرار گیرد:

۱. *«تقسیم و توزیع آب بخش کشاورزی، وصول آب بها یا حق‌النظاره با وزارت کشاورزی است»* جمع این تبصره با اصل مادهٔ ۲۱ که بهره‌برداری و تخصیص آب کشاورزی را نیز با وزارت نیرو می‌داند دشوار است، مگر اینکه گفته شود، تقسیم و توزیع را وزارت کشاورزی از محل اختصاص یافته به وسیلهٔ وزارت نیرو انجام می‌دهد. مفاد مادهٔ ۲۶ این استنباط را تأیید می‌کند.

---

۱. رک. ش ۲۵۹ به بعد.

۲. «*تقسیم و توزیع آب شهری و ادارهٔ تأسیسات و جمع‌آوری و دفع فاضلاب در داخل محدودهٔ شهرها به عهدهٔ شرکتهای مستقلی به نام شرکت آب و فاضلاب شهرها و یا دستگاه مناسب دیگری خواهد بود که در هر صورت تحت نظارت شورای شهر وابسته به شهرداریها می‌باشند. در صورت نبودن شورای شهر نظارت با وزارت کشور است. تا تأسیس شرکتها و دستگاههای فوق‌الذکر، مسؤولیت آب شهرها و جمع‌آوری و دفع فاضلاب آنها به عهدهٔ دستگاههایی است که فعلاً برعهده دارند...*»

۳. «*تقسیم و توزیع آب بخشهای صنعتی در داخل محدوده‌های صنعتی، با بخش صنعتی ذیربط خواهد بود*».

٤. «*تقسیم و توزیع آب مشروب روستاها و ادارهٔ تأسیسات ذیربط در داخل محدودهٔ روستاها با وزارت بهداری خواهد بود*».

۱۸۳. حدود بهره‌برداری؛ مصرف معقول:

مادهٔ ۲۵ قانون، دارندگان پروانه را از مصرف و اتلاف «*غیرمعقول*» آب بر حذر داشته و تفریط کننده را به قطع آب و مجازات کیفری تهدید کرده است (مادهٔ ۴۵). پروانهٔ استفاده از آب نیز برای «*مصرف معقول*» صادر می‌شود. تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۱۸ مصرف معقول را چنین تعریف می‌کند: «... مقدار آبی است که تحت شرایط زمان و مکان و با توجه به احتیاجات مصرف کننده و رعایت احتیاجات عمومی و امکانات طبق مقررات این قانون تعیین خواهد شد». معمول است که داوری در این زمینه را به عرف وامی‌گذارند تا انعطاف لازم برای رعایت شرایط و اوضاع و احوال هر مورد را داشته باشد، ولی در قانون توزیع عادلهٔ آب تمیز این میزان را برای کسانی که درگذشته نیز حقابه داشته‌اند به هیأت سه نفری مرکب از کارشناس حقوقی و کارشناس فنی و مطلع محلی واگذار کرده است تا در هر مورد خاص میزان «*مصرف معقول*» را معین کند. رأی این هیأت قابل تجدیدنظر در هیأت پنج‌نفری عالی‌تر است و آئین‌نامهٔ دادرسی در این هیأتها را هیأت وزیران تهیه می‌کند (مادهٔ ۲۰).

نکتهٔ جالب این است که میزان «*مصرف معقول* » باید به همان استفاده‌ای اختصاص یابد که در پروانه معین شده است. مادهٔ ۲۸ قانون در این باره صراحت دارد که: «*هیچ‌کس حق ندارد آبی را که اجازهٔ مصرف آن را دارد به مصرفی بجز آنچه که در پروانه قید شده است برساند و همچنین حق انتقال پروانه صادره را به دیگری بدون اجازهٔ وزارت نیرو نخواهد داشت، مگر به تبع زمین*

و برای همان مصرف با اطلاع وزارت نیرو».

۳. حیازت سایر مباحات

۱۸۴. لزوم رعایت مقررات ویژه:

زمین و آب مهمترین ثروتی است که اشخاص می‌توانند از راه حیازت تملک کنند. به‌همین جهت نیز قواعد حاکم بر این گونه تملکها اهمیت و تفصیل بیشتری دارد. با وجود این، باید دانست که در نظام حقوقی کنونی تملک هیچ مباحی از نظارت دولت بیرون نمانده است و قوانین گوناگونی برای تعیین شیوهٔ این نظارت به تصویب رسیده است، چندان که می‌توان گفت قانون مدنی جز سایه‌ای بر سر آن ندارد: قانون معادن، قانون شکار و صید و آئین‌نامه‌های آن، قانون حفظ آثار ملی و سایر احکامی از این گونه بحث در بارهٔ تملک مباحات را به حقوق عمومی نزدیکتر از قانون مدنی ساخته است. در اقسام اموال و هنگامی که سخن از اموالی بود که مالک خاص ندارد، اجمالی از این احکام را دیدیم (ش ۷۲ به بعد) و تکرار آن را نیز ضروری نمی‌دانیم.

ب. قرارداد (عقود و تعهدات)

۱۸۵. عقود تملیکی:

قرارداد، شایع‌ترین وسیلهٔ تملک است: به طور معمول، شخص از راه داد و ستد مالک می‌شود؛ مالی را که به دیگری تعلق دارد از او می‌گیرد و مالی را که طرف او بدان نیاز دارد واگذار می‌کند. این داد و ستد از راه تراضی انجام می‌شود، ولی گاه نیز صورت قرارداد برای اجبار مالک به کار می‌رود: مانند اینکه دادگاه به ولایت از سوی بدهکار مالی را به طلبکار او تملیک می‌کند. در حقوق ما از دیرباز پذیرفته شده است که عقد می‌تواند بدون هیچ تشریفات دیگری سبب انتقال حق مالکیت شود.[1] عقدی را که اثر آن نقل ملکیت است، به اعتبار همین نتیجه، «*عقد تملیکی*» می‌نامند: مانند عقد بیع، عقد

---

۱. رک. قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ش ۳۹به بعد؛ اعمال حقوقی، ش ۴۰.

صلح در مقام تملیک، معاوضه، اجاره و قرض.[۱] هبه هم در زمرهٔ همین گروه است. با این تفاوت که تملک رایگان صورت می‌پذیرد و متهب در برابر آنچه به دست می‌آورد چیزی نمی‌پردازد:[۲] به بیان دیگر، عقد تملیکی ممکن است معوض باشد یا رایگان.

برای بعد از فوت نیز شخص می‌تواند مالی را به دیگری تملیک کند. وسیلهٔ این تملیک «وصیت» است که نظر مشهور فقیهان و نویسندگان حقوقی آن را عقد می‌داند و قانون مدنی در تأیید همین نظر مشهور اعلام می‌کند: «*تملیک به موجب وصیت محقق نمی‌شود، مگر با قبول موصی‌له بعد از فوت موصی*» (مادهٔ ۸۲۷ ق.م.).[۳]

وقف را هم به اعتباری باید در زمرهٔ عقود تملیکی آورد: درست است که در اثر عقد وقف تملیک مستقیم به شخص معین (موقوف علیه) صورت نمی‌پذیرد و به همین جهت نیز آن را «*فکّ ملک*» نامیده‌اند، ولی از آنجا که نتیجهٔ حبس ملک ایجاد شخصیت حقوقی وقف است و مالکیت عین موقوفه از آن همین شخصیت می‌شود، می‌توان چنین تعبیر کرد که وقف سبب ایجاد ملکیت برای آن شخصیت است؛ منتها ملکیتی است محدود و مقید که باید عین مال حبس بماند و منافع آن در راه هدفی خاص به مصرف برسد.[۴]

در اثر تملیکی عقد باید به دو نکته مهم توجه داشت:

۱. عقد تابع مفاد تراضی است، پس دو طرف می‌توانند مفاد عقد را چنان ترتیب دهند که ملکیت ناشی از آن به تأخیر افتد یا مشروط به تحقق رویدادی شود: مانند اینکه در قرارداد فروش اتومبیل شرط شود که با پرداخت آخرین قسط انتقال صورت می‌پذیرد. همچنین ممکن است موضوع انتقال قابلیت انتقال فوری را نداشته باشد: مانند فروش مال کلی که انتقال پس از تعیین مصداق آن صورت می‌گیرد و فروش میوه که پس از ایجاد آن انتقال می‌یابد.

۲. انتقال املاک ثبت شده تنها با سند رسمی و ثبت در دفتر املاک انجام می‌پذیرد و تراضی دو طرف (عقد) برای انتقال کافی نیست (مادهٔ ۲۲ ق.م.ث.).

---

۱. برای دیدن شرح این عقود: عقود معین، ج۱، ش ۱ به بعد؛ ج۲، ش ۱۷۱ به بعد، درسهایی از عقود معین، ج ۱ و ۲.

۲. عقود معین، ج۳، ش ۲ به بعد.

۳. برای دیدن اختلاف در بارهٔ ماهیت وصیت: عقود معین، ج۳،ش ۱۶۴ ـ ۱۷۲ ؛ وصیت در حقوق مدنی ایران، ش ۱۵ به بعد؛ ایقاع، تمرین۱،ص ۶۹ به بعد.

۴. در بارهٔ شخصیت وقف و تعیین مالک عین موقوفه، رک. عقود معین، ج۳، ش ۷۳، قرائت و تمرین (۳).

با وجود این، اثر مهم و شایع قراردادها ایجاد تعهد است نه تملیک. قانون مدنی نیز در مادهٔ ۱۸۳ عقد را چنین تعریف می‌کند: «*عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در برابر یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد*» و بدین‌گونه آن را از اسباب ایجاد تعهد می‌داند. بر مبنای همین تعریف بعضی تملیک را هم به تعهدی تعبیر کرده‌اندکه موضوع آن تملیک است و پس از ایجاد بی‌درنگ اجراء می‌شود. احتمال دارد که عنوان «*عقود و تعهدات*» در قانون مدنی نیز اشاره به همین تحلیل باشد.

در هر حال، چنان‌که در آغاز این گفتار آمد (ش ۱۶۷)، به دلیل وابستگی عقد به تعهد و اهمیتی که این نهاد حقوقی در توزیع عادلانهٔ ثروت دارد، در تدوین کتابهای حقوقی مرسوم شده است که، یا از عقد به عنوان سبب تعهد یاد می‌کنند، یا قواعد آن را در بخشی جدای از تعهد و مالکیت می‌آورند و در اسباب تملک به اشاره از آن می‌گذرند.

۱۸۶. تملک مهر در عقد نکاح:

عقد نکاح را نباید در شمار عقود تملیکی آورد، زیرا اثر مهم آن ایجاد پیوند زناشویی میان دو همسر و تشکیل خانواده است. با وجود این، عقد نکاح سبب تملیک مهر به زن می‌شود و به این اعتبار در اسباب تملک باید از آن یاد کرد. منتها، باید توجه داشت که سبب واقعی الزام شوهر به تملیک مهر حکم قانون است نه عقد، و به همین دلیل سکوت دو طرف عقد و حتی توافق بر این که زن مستحق مهر نباشد، تکلیف شوهر را در این باره از بین نمی‌برد.[1] اثر تراضی دو طرف تنها در بارهٔ میزان مهر است نه ایجاد الزام: اگر مهر تعیین شده (مهرالمسمی) عین معین باشد، پس از عقد به ملکیت زن درمی‌آید و استقرار نیم از آن مشروط به وقوع نزدیکی زن و شوهر. ولی، هرگاه مهر مال کلی باشد، بر عهدهٔ شوهر قرار می‌گیرد و او را مدیون زن می‌کند.

در آخرین تحلیل می‌توان گفت: آنچه سبب تملیک مهر معین به زن می‌شود قرارداد دیگری است در کنار نکاح که نسبت به اجرای الزام قانونی شوهر به دادن مهر بسته شده است. این قرارداد تبعی به طور معمول همراه با عقد نکاح است، چندان که دیده سادهٔ عرف هر دو عقد را یکی می‌بینند. ولی، باید توجه داشت که قرارداد راجع به مهر عقد

---

۱. رک. خانواده، ج ۱، ش ۸۴.

جداگانه‌ای است که تنها چهرهٔ مالی دارد و، در صورتی که موضوع آن عین معین باشد، سبب تملیک آن به زن می‌شود.[۱] به همین جهت نیز ممکن است این قرارداد مالی باطل باشد و نکاح درست.

۱۸۷. تملک فدیه در طلاق خلع و مبارات:

در طلاق خلع، زنی که از شوهر کراهت دارد وخواهان جدایی است مالی را به شوهر خود تملیک می‌کند تا در برابر آن طلاق بگیرد. مادهٔ ۱۱۴۶ ق.م. در تعریف این قسم از طلاق می‌گوید: «*طلاق خلع آنست که زن بواسطهٔ کراهتی که از شوهر خود دارد، در مقابل مالی که به شوهر می‌دهد، طلاق می‌گیرد، اعم از اینکه مال مزبور عین مهر یا معادل آن و یا بیشتر یا کمتر از مهر باشد*». طلاق مبارات نیز از نظر ساختمان حقوقی با خلع یکسان است، جز اینکه کراهت در مبارات تنها از سوی زن نیست و شوهر نیز در این احساس با او شریک است. لحن مادهٔ ۱۱۴۶ به‌گونه‌ای است که طلاق را در برابر فدیه قرار می‌دهد و مجموع عمل حقوقی را همچون عقدی معوض ارائه می‌کند. جمعی از نویسندگان و نظریه‌پردازان نیز خلع را تابع قواعد معاوضه شمرده و از آن نتیجه گرفته‌اند که، اگر فدیه عین معین باشد و از آنِ دیگری درآید، طلاق نیز باطل است.[۲]

با وجود این، تحلیل دقیق‌تر نشان می‌دهد که خلع اختلاطی از دو عمل حقوقی است: ۱) طلاق یا ایقاعی که سبب جدایی زن و شوهر می‌شود، ۲) قراردادی که سبب تملیک فدیه به شوهر است و در برابر سقوط حق رجوع او قرار می‌گیرد. پس، بطلان تملیک یا رجوع از آن تنها حق رجوع را به شوهر باز می‌گرداند و به درستی طلاق صدمه نمی‌زند[۳].

۱۸۸. تملک در اثر ایقاع:

در قانون مدنی نظریهٔ خاصی برای ایقاع وجود ندارد و احکام آن در مصداقها پراکنده است. در فقه نیز بخش معاملات حاوی عقود و ایقاعات است و آثار و احکام این دو عمل حقوقی از هم جدا نشده است. پس، در باب «*عقود وتعهدات*» باید از ایقاع نیز سخن گفت: در قانون مدنی برای ایقاعی که سبب تملیک شود نمونهٔ مسلمی وجود ندارد و تنها بعضی از نویسندگان وصیت

---

۱. همان کتاب، ش ۸۵.
۲. برای دیدن پیروان این نظر و نقد آن، رک. ناصر کاتوزیان، خانواده، ج ۱، ش ۲۶۲.
۳. رک. همان کتاب، ش ۲۶۲ و ۲۶۳.

تملیکی را ایقاع شمرده‌اند.[1] ولی تملک در اثر ایقاع نمونه‌هایی دارد: مانند حیازت مباح و اخذ به شفعه و فسخ عقد تملیکی.[2] حیازت مباح در قانون مدنی و در زمرهٔ اسباب تملک عنوان جداگانه‌ای دارد و ما نیز از آن سخن گفتیم. فسخ عقد تملیکی را نیز باید در قواعد عمومی قراردادها جستجو کرد. پس، تنها شفعه می‌ماند که عنوان بحث آیندهٔ ما است.

ج. اخذ به شفعه

۱۸۹. حکم استثنایی مادّهٔ ۸۰۸ ق.م.:

به موجب این ماده: *«هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از آن دو شریک حصهٔ خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصهٔ مبیعه را تملک کند. این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می‌گویند»*. شفعه سرزمین استثناها است و به دشواری می‌توان احکام آن را بر مبنای قواعد عمومی توجیه کرد. همین وصف استثنایی سبب می‌شود که شرایط تملک از این راه را تفسیر محدود کنند و با دقت تمام حدود و قلمرو این وسیلهٔ تملک قهری را معین سازند. تفصیل بحث را باید در کتاب ایقاع دید.[3] قانون مدنی نیز در اسباب تملک تنها نامی از *«اخذ به شفعه»* برده است و ضمن مواد ۸۰۸ به بعد، احکام آن را معین می‌کند. پس، ما نیز تنها به شناسایی اجمالی این نهاد، تا جایی که به تملک مربوط است، قناعت می‌کنیم:

۱۹۰. شرایط ایجاد حق تملّک:

در مادهٔ ۸۰۸ ق.م. این شرایط برای ایجاد حق تملّک ضروری است:

۱. **وجود شرکت:** اشاعهٔ ملک بین دو شریک زمینهٔ اصلی ایجاد حق شفعه است، زیرا هدف از ایجاد آن رفع ضرر ناشی از اشاعه و به ویژه احتراز از تحمل شریک ناخواسته (خریدار) است. اشتراک در محل عبور و مجرای آب نیز، به دلیل اهمیت این

---

۱. رک. ش ۱۸۲.
۲. رک. ایقاع، ش ۲۹ و ۳۰.
۳. رک. همان کتاب، ش ۱۲۰ به بعد.

دو وسیله در حکم اشاعهٔ ملکیت تمام ملک است: چنان‌که مادهٔ ۸۱۰ ق.م. می‌افزاید: «*اگر ملک دو نفر در ممر یا مجری مشترک باشد و یکی از آنها ملک خود را با حق ممر یا مجری بفروشد، دیگری حق شفعه دارد، اگرچه در خود ملک مشاعاً شریک نباشد، ولی اگر ملک را بدون ممر یا مجری بفروشد دیگری حق شفعه ندارد*». بدین ترتیب، آپارتمانهای ساخته شده در زمین مشاع از زمینه‌های شایع اجرای مادهٔ ۸۱۰ ق.م. است.زیرا، در عین حال که هر آپارتمان ملک اختصاصی هر یک از مالکان است، راه عبور و لوله‌های آب در آنها مشترک است.[1]

۲. قابل تقسیم بودن ملک: نویسندگان قانونی مدنی، به پیروی از نظر مشهور در فقه، حق شفعه را ویژهٔ ملک قابل تقسیم دانسته‌اند؛ حکمی که منطقی به دنبال ندارد و تنها به دلایل تاریخی توجیه می‌شود. قابل تقسیم نبودن ملک ممکن است به دلیل ضرر ناشی از تقسیم به ملک و ارزش حصهٔ شریکان باشد یا به دلیل مخالفت با قوانین و تعارض با مصالح عمومی، ولی در هر حال مستند آن باید مربوط به ملک باشد نه رابطهٔ قراردادی مالکان. پس، اگر شریکان در برابر یکدیگر ملتزم به حفظ شرکت و خودداری از تقسیم شده باشند، این التزام مانع از ایجاد حق شفعه نیست.[2]

۳. انتقال سهم به وسیلهٔ بیع: این شرط نیز از نظر حقوقی توجیه‌ناپذیر است و به نظر می‌رسد که تنها پیروی از شهرت در فقه نویسندگان قانون مدنی را وادار به احتیاط کرده است. پس، اگر شریک سهم خود را به دیگری ببخشد، یا به صلح معاوضی به دیگری انتقال دهد یا مهر زن خود قرار دهد، حق شفعه ایجاد نمی‌شود. ولی، لزومی ندارد که بیع قطعی باشد، چنان‌که در مادهٔ ۸۱۴ آمده است: «*خیاری بودن بیع مانع از اخذ به شفعه نیست*». با وجود این، چون بر طبق مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت، بیع شرط اثر تملیکی ندارد و در حکم رهن است، باید گفت مادهٔ ۸۱۴ ق.م. نیز تغییر مبنا داده است. خیاری بودن در صورتی مانع از ایجاد حق شفعه نیست که بیع اثر تملیک را داشته باشد.[3]

۴. محدود بودن شمار شریکان: حق شفعه ویژهٔ موردی است که شریکان ملک تنها دو شخص باشند، خواه هر دو یا یکی از آنها شخص طبیعی باشد یا حقوقی. پس، اگر دو

---

۱. همان کتاب، ش ۱۲۹.
۲. همان کتاب، ش ۱۳۱.
۳. همان کتاب، ش ۱۳۳.

شرکت تجارتی که هر کدام دارای سهامداران متعدد است در ملکی شریک باشند، حق شفعه در رابطهٔ آن دو شرکت زمینهٔ ایجاد را دارد.

۱۹۱. ضرورت اجرای فوری حق:

مادهٔ ۸۲۱ ق.م. به پیروی از نظر مشهور در فقه، اعلام می‌کند: «*حق شفعه فوری است*»: یعنی شفیع باید حقی را که در نتیجهٔ فروش سهم شریک خود به دست آورده است در مهلتی که عرف آن را فوری می‌داند اجراء کند. درنگ و اهمال در اجرای حق سبب سقوط آن می‌شود. آغاز این مهلت کوتاه عرفی تاریخ آگاهی از معامله است. پس، اگر شریک (فروشنده) و خریدار سالیان دراز انتقال ملک را پنهان نگاه دارند، حق شفیع باقی می‌ماند. اثبات آگاهی نیز با مدعی سقوط حق است: برای مثال، در اختلاف میان شفیع و خریدار در دعوای اخذ به شفعه، خریدار باید خلاف اصل عدم آگاهی شفیع را از معامله ثابت کند.

در فرضی هم که حادثه‌ای (مانند بیماری و جنگ و زلزله و سیل) مانع از اخذ به شفعه شده است، مهلت عرفی اجرای حق جریان نمی‌یابد. ولی، ناتوانی از پرداخت ثمن را نباید در زمرهٔ این حوادث آورد. زیرا، اخذ به شفعه در حکم معامله‌ای است که به قهر انجام می‌شود و آنکه ناتوان از پرداختن ثمن است حق تملک مبیع را ندارد (مادهٔ ۳۸۰ ق.م.). در مادهٔ ۸۰۸ ق.م. نیز تسلیم ثمن از شرایط اخذ به شفعه است و فقیهان امامیه نیز قدرت پرداختن ثمن را از شرایط ایجاد حق شمرده‌اند.[۱]

۱۹۲. آثار اجرای حق:

آثار اجرای حق شفعه را بدین ترتیب می‌توان خلاصه کرد:

۱. تملک سهم فروخته شده از خریدار در برابر بهای قراردادی (ثمن معامله)، خواه بهای واقعی آن در زمان اخذ به شفعه بیشتر باشد یا کمتر.

۲. تملک منافع متصل به مبیع، بدین اعتبار که از توابع آن است (مانند رشد درختان). مادهٔ ۸۱۹ ق.م. در این باره اعلام می‌کند: «*نماآتی که قبل از اخذ به شفعه در مبیع حاصل*

---

۱. *همان کتاب، ش ۱۴۲.*

می‌شود، در صورتی که منفصل باشد، مال مشتری و، در صورتی که متصل باشد، مال شفیع است. ولی مشتری می‌تواند بنایی را که کرده یا درختی را که کاشته قلع کند».

۳. ابطال معاملاتی که خریدار در فاصلهٔ عقد و اجرای حق در ملک خود کرده است. چنان‌که مادهٔ ۸۱۶ ق.م. اعلام می‌کند: «*اخذ به شفعه هر معامله را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد* بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد، *باطل می‌نماید*».

د. ارث

۱۹۳. انتقال قهری ترکه:

پس از قرارداد، ارث شایع‌ترین وسیلهٔ تملک است. در اثر ارث نیز، مانند قرارداد مالکیت منتقل می‌شود و تملک از راه انتقال صورت می‌پذیرد. ولی، بر خلاف قرارداد که در آن انتقال با تراضی انجام می‌شود، ارث وسیلهٔ قهری انتقال ترکه به بازماندگان متوفی است؛ ارادهٔ مالک بیش از میزان ثلث ترکه در این انتقال قهری اثر ندارد. این اثر محدود نیز در صورتی است که مالک در زمان حیات خود آن را به شخص مورد نظر برای بعد از مرگ تملیک کند یا به مصرف معینی اختصاص دهد؛ یعنی، از راه وصیت بخشی از ترکه را از قلمرو احکام ارث خارج سازد. ولی، حق ندارد ترتیب قانونی تقسیم ارث و گروه وارثان را تغییر دهد یا وارثی را از میراث قانونی خود محروم کند؛ چنان‌که مادهٔ ۸۳۷ ق. م. مقرر می‌دارد: «*اگر کسی به موجب وصیت یک یا چند نفر از ورثهٔ خود را از ارث محروم کند، وصیت مزبور نافذ نیست*». این است که گفته می‌شود، قواعد ارث امری و از احکام مربوط به نظم عمومی است.

قانون مدنی در اسباب تملک تنها به این وسیلهٔ قهری اشاره می‌کند، ولی در باب دوم از قسمت چهارم جلد اول به تفصیل از احکام ارث و طبقهٔ وارثان و چگونگی تقسیم ترکه سخن می‌گوید (مواد ۸۶۱ ـ ۹۴۹ ق.م.). قانون امور حسبی نیز احکام مفصلی در اداره و تقسیم ترکه دارد(مواد ۱۶۲ ـ ۳۷۸) که قانون مدنی را در این باره تکمیل می‌کند. نویسندگان حقوقی نیز به تدوین کتابهای خاصی در بارهٔ ارث پرداخته‌اند، چندان که می‌توان گفت، تنها نامی از ارث در اسباب تملک باقی مانده است.

بر طبق مادهٔ ۸۶۷ ق.م.: «ارث به موت حقیقی یا به موت فرضی مورث تحقق پیدا

می‌کند». لحن آمرانهٔ این ماده نیز نشان می‌دهد که انتقال به حکم قانون و به شیوهٔ امری صورت می‌پذیرد: ارادهٔ متوفی و وارثان هیچ سهمی در این انتقال ندارد و نباید ارث را به «وصیت مفروض مالک» تعبیر کرد.

۱۹۴. اثر قبول و ردّ وارثان:

در قانون امور حسبی، مبحث دوم از فصل پنجم (مواد ۲۴۲ ـ ۲۴۸) به قبول ترکه و مبحث سوم از همان فصل (۲۴۹ - ۲۵۴) به رد ترکه پرداخته است. احکام مربوط به قبول و رد ترکه ممکن است این توهم را ایجاد کند که تملک ترکه نیز اختیاری است: وارث می‌تواند آن را بپذیرد و در پرداخت دیون و تصفیهٔ ترکه شرکت کند، یا ترکه را رد کند و عطایش را به لقایش ببخشد. ولی، این توهم را باید از ذهن زدود. دو مبحث قبول و رد ترکه زیر مجموعهٔ دیون متوفی (فصل پنجم) است و در همین زمینه و تصفیهٔ ترکه اثر دارد نه در تملک آن و بهتر است جداگانه از نزدیک مطالعه شود:

۱. قبول ترکه: چنان‌که گفته شد، قبول ترکه ناظر به ادارهٔ و تصفیهٔ آن است وارثان به‌طور کامل ادامه دهندهٔ شخصیت حقوقی مورث نیستند؛ قائم مقام او به دلیل تملک ترکه هستند. این قائم مقامیِ عام محدود به لوازم تملک دارایی مورث است: یعنی، حقوقی که در ترکه است، همراه با آن به وارثان می‌رسد؛ دیون این مجموعه نیز بر عهدهٔ وارثان قرار می‌گیرد. منتها، چون این تعهد تبعی است، باید از ترکه و به همان میزان و نسبتی که به وارث می‌رسد پرداخته شود. نتیجهٔ مهمی که از این تحلیل گرفته می‌شود، جدایی دارایی شخصی وارث از دارایی در حال انتقال (ترکه) پیش از تصفیه است. در این دوران انتقالی ، ترکه شخصیت حقوقی ویژه‌ای با دیون و اموال و دعاوی خاص دارد و هنوز ارتباط آن با مالک پیشین قطع نشده است. برای بیان همین وضع مراعی و انتقالی، است که در فقه می‌گفتند «ترکه در حکم *مال میت است*» و امروز در می‌یابیم که دارای شخصیت حقوقی خاص است؛ ترکیب و شرکتی از حقوق وارثان و طلبکاران و موصی‌لهم که با تصفیهٔ ترکه منحل می‌شود.[1]

---

۱. برای دیدن مفهوم شخصیت ترکه و دلایل و آثار آن، رک. ناصر کاتوزیان، وصیت در حقوق مدنی ایران، چاپ چهارم، ش ۲۹۲.

یکی از نتیجه‌هایی جدایی ترکه از سایر اموال وارثان این است که دیون ترکه باید از اموال همان واحد مالی پرداخته شود. مادهٔ ۲۲۶ ق.ا.ح. در بیان همین نتیجه مقرر می‌دارد: «*ورثه ملزم نیستند غیر از ترکه چیزی به بستانکاران بدهند و اگر ترکه برای اداء تمام دیون کافی نباشد، ترکه مابین تمام بستانکاران به نسبت طلب آنها تقسیم می‌شود، مگر اینکه آن را بدون قید و شرط قبول کرده باشند که در این صورت مطابق ماده ۲۴۶ مسؤول خواهند بود...*».[۱]

در این ماده، دو قاعدهٔ مهم بیان و اعمال شده است: ۱) قاعدهٔ تقدم دینِ بر میراث ۲) قاعدهٔ وثیقه بودن ترکه در برابر دیون. پس، تنها مسالهای که باقی می‌ماند این است که قبول بدون قید و شرط ترکه چه اثری دارد که وارث را مسؤول پرداخت دیون ترکه می‌کند؟

در پاسخ همین پرسش است که احتمال اثر قبول در تملک ترکه مطرح می‌شود. ولی، تأمل در مفاد مادهٔ ۲۴۸ ق.ا.ح. این احتمال را از بین می‌برد. در این ماده آمده است: «*در صورتی که ورثه ترکه را قبول نمایند، هر یک مسؤول اداء تمام دیون به نسبت سهم خود خواهند بود، مگر اینکه ثابت کنند دیون زاید بر ترکه بوده یا ثابت کنند که پس از فوت متوفی ترکه ددون تقصیر آنها تلف شده و باقیماندهٔ ترکه برای پرداخت دیون کافی نیست، که در این صورت، نسبت به زائد از ترکه مسؤول نخواهند بود*». بدین ترتیب، قبول بدون قید و شرط وارث نیز بر مسؤولیت او در مرحلهٔ ثبوت نمی‌افزاید و قاعدهٔ جدایی ترکه از اموال وارثان را نیز بی‌اعتبار نمی‌کند. اثر مهم قبول ترکه ایجاد امارهٔ قانونی بر کفایت آن برای پرداخت دیون مورث است، پس اگر وارث بتواند ثابت کند که دیون بیش از ترکه است، اثر اماره در اثر تعارض با دلیل از بین می‌رود و مسؤولیت او همچنان محدود به میزان میراث است.[۲]

۲. رد ترکه: دربارهٔ رد ترکه نیز بعضی چنین می‌پندارند که عملی همانند اعراض است و مانع از تملک ترکه می‌شود، در حالی که دقت در مادهٔ ۲۵۸ ق.ا.ح. نشان می‌دهد که اثر

---

۱. بنظر می‌رسد که مقصود ارجاع به مادهٔ ۲۴۸ باشد نه ۲۴۶ که در مجموعه‌های قوانین آمده است، زیرا مادهٔ ۲۴۶ به مسؤولیت وارثی که ترکه را پذیرفته ارتباط ندارد.

۲. دربارهٔ رد نظر کسانی که قبول ترکه را ایقاعِ مملّک پنداشته‌اند، رک. ناصر کاتوزیان، ایقاع، ش ۵۲.

آن محدود به رد تصفیهٔ ترکه و اعلام خودداری از دخالت در این اقدام است و مانع از تملک نمی‌شود. مادهٔ ۲۵۸ فرض موردی را می‌کند که بعضی از وارثان ترکه را پذیرفته‌اند و بعضی رد کرده‌اند. در این فرض، تصفیهٔ ترکه را وارثانی به عهده می‌گیرند که آن را پذیرا شده‌اند ؛ اینان ادارهٔ ترکه و پرداخت دیون را به تشخیص خود انجام می‌دهند و وارثی که ترکه را رد کرده است حق هیچ‌گونه اعتراضی به اعمال آنان ندارد. در این حالت، اگر رد ترکه به معنی اعراض از حق میراث بودن و مانع از تملک ترکه باشد، باید هرچه در این تصفیه باقی بماند به وارثانی تعلق یابد که ترکه را قبول و اداره کرده‌اند. ولی، پایان مادهٔ ۲۵۸ ق.ا.ح. این نتیجه را رد می‌کند. در این بخش می‌خوانیم: «... *لکن اگر پس از تصفیهٔ ترکه چیزی از ترکه بماند، سهم‌الارث وارثی که ترکه را رد کرده است به او داده خواهد شد. در این صورت، وارثی که ترکه را قبول کرده، در ازای زحمتی که برای ادارهٔ ترکه نسبت به سهم سایرین متحمل شده مستحق دستمزد خواهد بود...*»

۱۹۵. وضع ترکه در دوران انتقالی:

بر طبق مادهٔ ۸۶۷ ق.م. ارث با مرگ حقیقی یا فرضی مورث تحقق می‌یابد. تحقق ارث به معنی انتقال ترکه به وارثان است و تاریخ تملک را نیز باید لحظهٔ مرگ شمرد. ولی، این دارایی ناخالص است و آنچه به واقع از آن وارثان می‌شود حقوق و اموالی است که پس از تصفیهٔ کامل ترکه باقی می‌ماند. مادهٔ ۸۶۸ ق.م. در بیان همین واقعیت اعلام می‌کند: «*مالکیت ورثه نسبت به ترکهٔ متوفی مستقر نمی‌شود، مگر پس از اداء حقوق و دیونی که به ترکهٔ میت تعلق گرفته*». پس، باید دید در دورانی که تملک حاصل شده و مالکیت وارثان مستقر نشده است، ترکه چه وضع حقوقی دارد؟ همین دوران است که، به دلیل جریان تحول دارایی، آن را «*انتقالی*» نام نهادیم.[1]

برای شناخت این وضع، باید از دو معلوم قبلی ذهن خود یاری بگیریم: **۱)** مورث در اثر مرگ اهلیت دارا بودن حق را از دست داده است (مادهٔ ۹۵۶ ق.م.) **۲)** هیچ مالی بدون مالک نیست و ترکه باید به شخصی مربوط شود. از جمع این دو مقدمه نتیجه می‌گیریم که ترکه به ملکیت وارثان درآمده است و مادهٔ ۸۶۲ همین نتیجه را تأیید می‌کند. منتها پیچیدگی وضع از

---

۱. در فقه مالکی، ترکه بعد از تصفیه به وارثان منتقل می‌شود و پیش از آن ملک متوفی است و در مذهب حنفی دو نظر مختلف در این باره گفته شده و مشهور این است که هرگاه ترکه بیش از دین باشد با مرگ مورث انتقال می‌یابد و قانون مصر از همین نظر پیروی می‌کند: دکتر احمد سنهوری، الوسیط، ج ۹، ش ۳۰.

آنجا است که می‌دانیم تمام آنچه در اختیار مورث بوده است ملک واقعی او نبوده است تا انتقال یابد: اشخاص مطالباتی از او دارند که باید از این دارایی کاسته شود و بعض از این طلبها همراه وثیقه است وحق عینی طلبکار مقدم بر دیگران است؛ اموالی به امانت نزد او است که باید به صاحبان مال رد شود؛ در زمان حیات وصایایی کرده است که با مرگ او تحقق یافته و موصی لهم می‌توانند با قبول وصیت موضوع آن را تملک کنند. وانگهی، کفن ودفن متوفی هزینه‌هایی دارد و واجباتی بر گردن او است که باید از محل ترکه برداشته شود (مادهٔ ۸۶۹ ق.م.). برای جمع این دو ضع نیز می‌گویند وارثان *«قائم مقام عام»* مورث هستند: یعنی همان وضع او را دارند؛ هم طلبکارند و هم بدهکار؛ مالک ترکه یا دارایی هستند لیکن با همهٔ عوارض و التزامها و حقوق متعلق به آن.

بدین ترتیب، ترکه در دوران انتقالی مجموعه‌ای است از حقوق وارثان و طلبکاران و موصی‌لهم. این مجموعه، چنانکه گفته شد، در عین حال که به اشخاص گوناگون تعلق دارد، خود دارای شخصیت حقوقی ناپایداری است که با تصفیهٔ ترکه منحل می‌شود، مانند وضعی که شرکتها دارند. پس، در دوران انتقالی همه چیز به ترکه تعلق دارد و هیچ یک از شریکان حق تصرف در اموال شرکت را ندارد. ممنوع بودن طلبکاران و موصی‌لهم روشن است و در بارهٔ وارثان (مالکان نهایی و اصلی)، مادهٔ ۸۷۱ ق.م. مقرر می‌دارد: «هرگاه ورثه نسبت به اعیان ترکه معاملاتی نمایند، مادام که دیون متوفی تأدیه نشده است، معاملات مزبوره نافذ نبوده و دیّان می‌توانند آن را برهم زنند». مادهٔ ۲۳۹ ق.ا.ح. نیز همین مضمون را تکرار می‌کند.

ممکن است گفته شود که دلیل عدم نفوذ معاملات ورثه وجود حق طلبکاران در ترکه است و از آن نمی‌توان استقلال و شخصیت ترکه را استنباط کرد، ولی پاسخ ایراد به این است که طلب مانع از تصرف مالک در دارایی خود نیست. اگر ترکه به دارایی وارثان پیوسته بود و شخصیت و مجموعهٔ جداگانه‌ای نبود، وارثان باید حق تصرف در آن را داشته باشند. پس، وجود حق طلبکاران کافی برای منع تصرف وارثان نیست و عامل دیگری باید سبب آن باشد. این عامل، به‌نظر ما وجود شخصیت ترکه است که دلایل متعدد دیگری هم آن را تأیید می‌کند: از جمله داشتن اقامتگاه ویژه برای ادارهٔ ترکه و اقامهٔ دعوی (مواد ۱۶۳ - ۱۶۵ ق.م.ا.ح.) و داشتن دیون ویژه و مستقل از دیون وارثان... ومانند اینها که در کتاب وصیت به تفصیل از آنها یاد شده است.[1]

---

۱. همان کتاب.

گفتار دوم ـ زوال مالکیت

۱۹۶. اصل زوال ناپذیری حق:

گفته شد که حق مالکیت دائمی است و با گذشت زمان پایان نمی‌پذیرد و از بین نمی‌رود. از این وصف دو نتیجهٔ مهم گرفته می‌شود:

۱. مالکیت دائمی است و در اثر گذشت زمان از بین نمی‌رود و آنچه پس از مدتی زوال می‌پذیرد از حقوق فرعی و شاخه‌های مالکیت است؛

۲. مالکیت در اثر معطل ماندن زوال نمی‌پذیرد و بهره‌برداری لازمهٔ بقای مالکیت نیست.

این دو نتیجه و زوال‌ناپذیری و دائمی بودن حق مالکیت را به عنوان اصل می‌توان پذیرفت. ولی، نباید آنها را مطلق یا تخلف‌ناپذیر شمرد. حقوق کنونی مالکیت را اداره می‌کند: در بسیاری موارد معطل ماندن ملک سبب زوال آن می‌شود؛ چنان‌که تاریخ حقوق مالکیت نشان می‌دهد که دولت می‌کوشد تا زمینهای بایر شهری و کشاورزی را تملک کند و خود به آبادانی آن بپردازد. گاه نیز معطل نهادن ملک با اجبار مالک به آباد کردن و دخالت دولت منتهی می‌شود؛ مادهٔ ۱۶ قانون توزیع عادلانهٔ آب مصوب ۱۳۶۱ نمونه‌ای از احکام اداری مالکیت است (ش ۱۷۹). تملک به دلیل نیازهای عمومی شهر و اجرای وظایف دولت نیز یکی دیگر از اسباب زوال مالکیت خصوصی است که زیر سرپوش قرارداد و خرید ملک صورت می‌پذیرد. مصادره وملی کردن نیز از ابزارهای شایع زوال مالکیت خصوصی است که در حقوق عمومی باید از آن سخن گفت.

از اینها گذشته، می‌دانیم که موضوع مالکیت ممکن است منفعت باشد و قانون مدنی آن را از حق انتفاع متمایز کرده است (مادهٔ ۲۹ ق.م.). عقد اجاره سبب انتقال مالکیت منافع به مستأجر می‌شود (مادهٔ ۴۶۶ ق.م.). این مالکیت موقت است و مدت آن باید معین باشد (مادهٔ ۴۶۸ ق.م.). مادهٔ ۴۹۴ ق.م. نیز در بارهٔ اثر پایان مدت اعلام می‌کند: «*عقد اجاره به محض انقضاء مدت بر طرف می‌شود*...». بنابراین، قلمرو اصل دائمی بودن مالکیت را باید محدود به مالکیت بر اعیان کرد، به ویژه که حق انتفاع نیز موقت و زوال‌پذیر است.

۱۹۷. مالکیت ناپایدار:

مالکیت بعد از استقرار زوال ناپذیر است. مالکیت نامستقر یا متزلزل پیوسته در معرض زوال است و باید آن را ناپایدار شمرد. نمونه‌های سنتی این مالکیتها فراوان است: به عنوان مثال، مالکیتی که در بیع با خیار شرط برای خریدار ایجاد می‌شود ناپایدار است، زیرا فروشنده می‌تواند آن را دوباره تملک کند و خریدار (مالک کنونی) را از آن محروم سازد (مادهٔ ۴۵۹ ق.م.). قانون ثبت این مالکیت نامستقر را تا مرز حق عینی تنزل داده است و نهادی ساخته میان مالکیت و وثیقه که تابع احکام ویژهٔ «*معامله با حق استرداد*» است. نمونهٔ دیگر، مالکیت وارثان بر ترکهٔ مورث است که مادهٔ ۸۶۸ ق.م. در بارهٔ آن می‌گوید: «*مالکیت ورثه نسبت به ترکهٔ متوفی مستقر نمی‌شود، مگر پس از اداء حقوق و دیونی که به ترکهٔ میت تعلق گرفته*». ناپایداری حق وارثان از آنجا است که پاره‌ای از حقوق و دیون مقدم بر ارث مراعی و منوط به ارادهٔ دیگران است:

تملک مالی که مورث به سود دیگری وصیت کرده است منوط به قبول یا رد موصی‌له است (مادهٔ ۸۲۷ ق.م.). اگر او وصیت را بپذیرد، مالک بخشی از ترکه می‌شود و این تملک سبب زوال مالکیت عمومی و نامستقر وارثان می‌شود. برعکس، اگر او وصیت را رد کند، موضوع آن در بخش خالص ترکه باقی می‌ماند و به وارثان می‌رسد.

بنابر نظر آنان که قبول در وصیت را کاشف از مالکیت موصی‌له از هنگام مرگ موصی می‌دانند، وضع مالکیت موصی له در دوران پیش از قبول مراعی یا نامستقر است و قبول به آن استقرار می‌بخشد. همچنین است وضع موصی‌له به گفتهٔ آنان که قبول را از زمان وقوع به گذشته سرایت می‌دهند (کشف حکمی).[1]

مالکیت خریدار سردرختی (میوه) باغ را نیز باید زمرهٔ مالکیتهای ناپایدار آورد. زیرا، در این گونه خرید و فروشها، هدف نهایی دست یافتن به میوهٔ سالم و رسیده است و هیچ کس نمی‌تواند وجود آن را تضمین کند. دانش کشاورزی از درجهٔ احتمال آفت‌زدگی و ریختن و فساد میوه‌ها کاسته است، ولی آن را از بین نبرده. قوای قاهر طبیعت هنوز بر انسان چیره است و

---

۱. در بارهٔ نقد این نظرها و دیدن معنی کشف و نقل در قبول موصی‌له، رک. ناصر کاتوزیان ؛ وصیت در حقوق مدنی ایران، ش ۲۷۸ به بعد؛ عقود معین، ج۳، ش ۱۸۲ به بعد.

احتمال دارد کوشش باغداران را در دست یافتن به میوه یکسره به هدر دهد.[1]

در حقوق جدید نیز، مثال بارز مالکیت نامستقر بیعی است که استقرار مالکیت خریدار منوط به پرداخت آخرین قسط ثمن شده است. همچنین است در خرید و فروشی که با صورت «*اجاره به شرط تملیک*» واقع می‌شود، هرچند که به ظاهر نیز تملیکی صورت نپذیرد و عقد عنوان اجاره داشته باشد.[2]

۱۹۸. آیا مرور زمان از اسباب زوال مالکیت است؟:

بر طبق مادهٔ ۷۳۱ ق.آ.د.م. پیشین: «*مرور زمان عبارت از گذشتن مدتی است که به موجب قانون، پس از انقضاء آن مدت، دعوی شنیده نمی‌شود*». پس، اگر کسی ملک دیگری را مدتی در تصرف داشته باشد، دیگر دعوای مالک بر متصرف در دادگاه شنیده نمی‌شود: مالک به زور نیز نمی‌تواند در برابر متصرف به اقدامی دست زند، زیرا هیچ‌کس نمی‌تواند داور کار خود باشد و صلح اجتماعی را بر هم زند. پس، آیا نمی‌توان حقی را که بدین گونه عاطل مانده است ساقط شده دانست ؟ مادهٔ ۷۳۵ ق.آ.د.م. بدین سؤال چنین پاسخ می‌داد: «*مرور زمان، هرچند اقامهٔ دعوی را ساقط می‌کند. لیکن اگر مدیون طلب دائن را داده باشد. نمی‌تواند به استناد اینکه مرور زمان حاصل شده بود، آنچه را که داده است مطالبه نماید*»، در حالی که می‌دانیم، اگر مالی بیهوده پرداخته شود، قابل استرداد است.

مادهٔ ۷۳۵ بر مبنای جدایی حق از امکان دعوی تدوین شده بود: ممکن است حق باقی بماند، ولی صاحب آن امکان مطالبهٔ حق را از دست بدهد. در مرور زمان نیز حق مالکیت باقی است، هرچند که اعمال آن از راه اقامهٔ دعوی امکان ندارد.

این نکته را باید افزود که: «*نسبت به املاکی که در دفتر املاک به ثبت رسیده است، مرور زمان جاری نمی‌شود*». این حمایت ویژه به دلیل اعتباری است که قانون برای دفتر املاک قائل شده است، چنان‌که مادهٔ ۳۲ ق.ث. نیز تنها کسی را مالک می‌داند که ملک به نام او در دفتر املاک ثبت شده است.

اشاره به این واقعیت ضروری است که، پس از اعلام شورای نگهبان به مغایرت احکام مرور

---

۱. در بارهٔ بیع میوهٔ بر درخت، رک.عقود معین، ج ۱، ش ۲۰۳، قرائت و تمرین ۱۶۱.
۲. همان کتاب، ش ۵۳ تا ۵۵.

زمان با شرع، رویهٔ قضایی به گونه‌ای قاطع ایراد مرور زمان را نمی‌پذیرد. قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ در مرور زمان سخنی گفت؛ موضعی که به معنای فسخ این نهاد است.

مبحث پنجم: اثبات مالکیت؛ امارهٔ تصرف

۱۹۹. ویژگی اثبات مالکیت:

به‌طور معمول، گفته می‌شود که، اثبات مالکیت تابع قواعد عمومی اثبات دعوی است و از تمام دلایل می‌توان در دعاوی مالکیت استفاده کرد. ولی، ویژگی اثبات در این است که باید آن را یا از راه استناد به امارهٔ تصرف احراز کرد یا از راه اثبات وقوع اسباب تملک. زیرا، مالکیت رابطهٔ اعتباری است که در نتیجهٔ اعمال یا وقایع حقوقی دیگر تحقق می‌یابد و از این لحاظ اصالت ندارد تا دلیل به طور مستقیم متوجه به آن شود، پس ناچار باید به اسباب ایجاد کنندهٔ آن روی آورد و از این راه به رابطهٔ ایجاد شده دست یافت. وصف تبعی اثبات در زمینهٔ مالکیت موجب می‌شود که محدودیتهای اثبات سبب تملک در دعوای مالکیت نیز اجراء شود: برای مثال، اگر مدعی بخواهد مالکیت را از راه وقوع صلح یا هبهٔ به سود خود ثابت کند باید، گذشته از اثبات مالکیت انتقال دهنده، سند رسمی ارائه کند و سند عادی یا شهادت در این حالت پذیرفته نمی‌شود (مواد ۴۶ تا ۴۸ قانون ثبت). بدین ترتیب، اهمیت استناد به امارهٔ تصرف معلوم می‌شود. ما نیز از این پس، به مفاد و آثار این امارهٔ که در فقه به *«قاعدهٔ ید»* مشهور است می‌پردازیم:

۲۰۰. قاعدهٔ ید:

مطابق مادهٔ ۳۵ قانون مدنی: *«تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود»*. متصرف برای اثبات مالکیت خود نیاز به دلیل دیگر ندارد و در تمام دعاوی مربوط به اموال، منقول باشد یا غیرمنقول، مدعیان مالکیت ناچارند که در برابر او حقانیت خود را ثابت کنند. در دعوی مالکیت، همیشه متصرف سمت منکر و مدعی‌علیه را دارد، و بار اثبات دعوی بر دوش کسی است که می‌خواهد خلاف امارهٔ قانونی تصرف را ثابت کند. این اصل را، که مفاد آن در مادهٔ ۳۵ توضیح داده شده است، در اصطلاح فقیهان و نویسندگان حقوق مدنی به *«قاعدهٔ ید»* مشهور است و ما به ترتیب

ماهیت حقوقی و پاره‌ای از موارد اعمال آن را ضمن چند گفتار مطالعه می‌کنیم.

گفتار نخست ـ ماهیت و اعتبار قاعده

۲۰۱. تعریف تصرف:

قانون مدنی تصرف را تعریف نکرده و تمیز آن را به عهدهٔ عرف نهاده است. ولی، با توجه به آثار حقوقی تصرف و مبانی آئین دادرسی مدنی می‌توان تصرف را، از این لحاظ که دلیل مالکیت قرار می‌گیرد، چنین تعریف کرد: «*تصرف عبارت از تسلط و اقتداری است عرفی، که انسان در مقام اعمال حق خود بر مالی دارد*». این اقتدار بر حسب موارد جلوه‌های خارجی گوناگون دارد. ولی در هر حال باید چنان باشد که عرف متصرف را، به‌عنوان صاحب حق و مالک، بر مال مستولی بداند.

برای مثال، لباسی که بر تن شخص است و کالایی که در دکان او است، خانه‌ای که کلید آن را در اختیار دارد، اسبی که بر آن سوار است، و باغی که به دیگری اجاره داده است، همه را عرف در تصرف او می‌داند، هرچند که شیوهٔ استعمال و بهره‌برداری از آنها یکسان نیست.

تصرفی دلیل مالکیت است که به عنوان مالکیت باشد: یعنی متصرف، به منظور اعمال حق مالکیت یا حقوق عینی دیگر خود، مالی را در دست داشته باشد. تصرف امین و ولی و وکیل، دلیل مالکیت کسی است که این اشخاص از طرف او اقدام می‌کنند. بنابراین، مفهوم تصرف در مادهٔ ۳۵ دارای دو عنصر اساسی است:

۱. عنصر مادی یا استیلاء بر مال؛

۲. عنصر معنوی که عبارت است از قصد اعمال حق به عنوان مالکیت.

۲۰۲. شرائط اعتبار تصرف:

تصرفی دلیل مالکیت است که دارای دو شرط اساسی باشد:

۱. تصرف به عنوان مالکیت باشد: چنان‌که گفته شد، کسانی که به عنوان امین یا نمایندهٔ دیگری مالی را در تصرف دارند مالک آن محسوب نمی‌شوند: به عنوان مثال، هر گاه پدری به عنوان ولایت بر فرزند خود در اموال او تصرف کند، در برابر فرزند یا دیگران

نمی‌تواند به تصرف خود استناد کند و مدعی مالکیت شود و از آنان بخواهد که خلاف امارهٔ موجود به سود او را در دادگاه ثابت کنند.

در این گونه موارد، عرف آن اموال را در استیلاء کسی می‌داند که به حساب یا دستور او دیگران اقدام به تصرف کرده‌اند. به همین جهت، مادهٔ ۷۴۵ قانون آئین دادرسی مدنی می‌گوید: *«تصرف اعم است از اینکه بالمباشره باشد یا بواسطه، مانند تصرف قیم و وکیل و مباشر»*.[۱]

پرسشی که باقی می‌ماند این است که، هرگاه در عنوان تصرف بین متصرف و دیگران اختلاف شود، آیا مدعی مالکیت باید ثابت کند که استیلاء و سلطهٔ متصرف فعلی از جانب غیر است و دلیل مالکیت او به حساب نمی‌آید، یا بر متصرف است که شرایط اعتبار وضع خود را به طور کامل اثبات کند؟

قانون مدنی در این باره حکمی ندارد، ولی پاسخ اشکال را در مادهٔ ۷۴۷ قانون آئین‌دادرسی مدنی پیشین به صراحت دیده می‌شد:

به موجب این ماده: *«کسی که متصرف است تصرف او به عنوان مالکیت شناخته می‌شود، ولیکن اگر ثابت شود که شروع به تصرف از طرف غیر بوده است، متصرف غیر شناخته خواهد شد، مگر اینکه متصرف ثابت کند که عنوان تصرف او تغییر کرده و به عنوان مالکیت متصرف شده است»*. پس، متصرف در این باره مدعی‌علیه است، و طرف باید در دادگاه ثابت کند که استیلای او به عنوان مالکیت نبوده است.

۲. تصرف باید مشروع باشد: کسی که به قهر و زور بر مالی مسلط شود، حق استفاده از امارهٔ تصرف را ندارد. حقوق از متجاوز حمایت نمی‌کند؛ تصرف مشروع را محترم می‌دارد.در این فرض نیز، متصرف نیازی به اثبات مشروع بودن تصرف خود ندارد و ناگزیر کسی که خلع ید او را می‌خواهد، برای بی‌اثر ساختن امارهٔ قانونی، باید اثبات کند که متصرف از راه مشروع بر مال چیره نشده است. از لحن مادهٔ ۳۶ قانون مدنی بخوبی برمی‌آید که، قانون تسلط را اصولاً مشروع فرض کرده است، و مدعی مالکیت باید خلاف این فرض را در دادگاه ثابت کند.

---

۱. تصرف مستأجر در حکم تصرف موجر است: رأی شمارهٔ ۹۷۶ - ۳۳، ۱۸ فروردین ۱۳۴۸ دیوان کشور: محمد بروجردی عبده، اصول حقوقی دیوان عالی تمیز، ص ۳۹.

مطابق این ماده: *«تصرفی که ثابت شود ناشی از سبب مملّک یا ناقل قانونی نبوده معتبر نخواهد بود».*[۱]

گفتار دوم ـ دعاوی مالکیت و تعارض دلایل

۲۰۳. اهمیت بحث:

چنان‌که گفته شد، اماره تصرف یکی از شایع‌ترین وسائل اثبات مالکیت است؛ به‌ویژه در مالکیت اموال منقول، که نگاهداری سند خرید مرسوم نیست و در بسیاری موارد انتقال آنها به داد و ستد (معاطات) انجام می‌شود، حمایت از متصرف اهمیت زیادتری دارد و تجاوز به حق متصرف و خواستن دلیل از او نظم اقتصادی را برهم می‌زند (ما قَام للمسلمین سوق).[۲]

از سوی دیگر، دلالت اماره مبتنی بر غلبه است و امکان اصابت آن به واقع ضعیف‌تر از سایر دلایل است. در نتیجه، در صورت برخورد و تعارض میان اماره و دلیل، حکومت با دلیل است و اماره تاب مقاومت در برابر آن را ندارد. مادهٔ ۳۵ ق.م. نیز، به اعتبار همین ناتوانی و چهرهٔ اثباتی اماره، پس از اعلام این قاعده که *«تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است»* بیدرنگ می‌افزاید که: *«مگر اینکه خلاف آن ثابت شود»* تا این توهم ایجاد نشود که قانون متصرف را مالک می‌شناسد یا تصرف را در حکم سند یا اقرار و برابر آن می‌داند.[۳]

با وجود این، گاه مفاد دلالت اماره و دلیل برخورد مستقیم دارد (مانند اینکه مدعی سند مالکیت دارد و متصرف به وضع خود استناد می‌کند) و گاه وحدت زمان در مفاد دو دلالت موجود نیست: یکی دلیل بر مالکیت سابق است و دیگری اماره بر مالکیت کنونی. در فرض اخیر است که تردیدها آغاز می‌شود که کدام را باید مقدم شمرد.

---

۱. رأی شمارهٔ ۴۳۰ - ۲۷/۳/۱۳ شعبهٔ ۶ دیوان کشور، مجموعهٔ رویهٔ قضایی متین، ص ۱۰۰.

۲. خبر از معصوم؛ نقل از مستند، ج۲، ص ۵۷۷.

۳. رک. احمد نراقی، مستندالشیعه، ج۲، ص ۵۷۶.

الف ـ تعارض تصرف فعلی و مالکیت سابق

۲۰۴. بحث نظری:

فرض این است که، کسی متصرف مالی است و دیگری به ادعای مالکیت خلع ید او را از دادگاه می‌خواهد و مالکیت سابق خود را نیز بر آن مال ثابت می‌کند؛ در این فرض، باید به این پرسش دشوار پاسخ گفت که، آیا متصرف می‌تواند، به استناد مادهٔ ۳۵ قانون مدنی، خود را بی‌نیاز از اقامهٔ دلیل بداند و از مدعی بخواهد که خلاف امارهٔ قانونی را که به سود او به وجود آمده اثبات کند، یا ناگزیر است که، به عنوان مدعی، مالکیت فعلی خود را به استناد انتقال از مالک سابق یا دلایل دیگر مدلل دارد؟ به بیان دیگر، هرگاه بین اماره ید که دلیل مالکیت کنونی متصرف است و دلایلی که مالکیت سابق دیگری را اثبات می‌کند تعارض باشد، در مقام فصل خصومت کدامیک را باید مقدم شمرد؟

پاره‌ای از نویسندگان گفته‌اند: در صورتی مدعی می‌تواند در برابر متصرف حاکم شود، که مالکیت فعلی خود را ثابت کند. زیرا، مالکیت سابق او با حق کنونی متصرف هیچ منافاتی ندارد. دلایلی که بر مالکیت گذشته وجود دارد، هنگامی حق فعلی مدعی را اثبات می‌کند که به اصل استصحاب ضمیمه شود، زیرا تنها در این صورت است که می‌توان گفت: چون محقق است که مدعی در سابق مالک بوده و اصل نیز بقای حق اوست، در حال حاضر نیز مالک مال است.

پس، در تعارض بین تصرف فعلی و مالکیت سابق، در واقع امارهٔ ید با اصل عملی استصحاب معارضه دارد، و مسلم است که اماره و دلیل همیشه بر اصول عملی باید مقدم شناخته شود.[1]

در برابر این استدلال می‌توان گفت که، به موجب مادهٔ ۳۵ قانون مدنی، تصرف در صورتی بر مالکیت متصرف دلالت دارد، که دلیل دیگری بر خلاف آن موجود نباشد.

---

۱. سید محمد کاظم، یزدی، ملحقات عروةالوثقی، جزء سوم ص ۱۴۵ به بعد ـ میرزا قمی، جامع‌الشتات، ص ۷۲۳ ـ دیوان کشور، رأی ش ۶۷۹۵ - ۱۱۷، ۲۵ فروردین ۱۳۱۰ ـ رأی مورخ ۲۹ مهر ۱۳۱۰، اصول محقوقی دیوانعالی تمیز، ص ۳۹ - حکم ش ۴۰۳۵ مورخ ۱۹/۱۱/۳۰ شعبهٔ ۳ دیوان کشور و حکم شمارهٔ ۵۹۹ - ۱۷/۳/۱۷ شعبهٔ ۱، مجموعه رویه قضایی متین، ص ۱۰۱ و ۱۰۲.

ظاهری که امارهٔ ید بر آن مبتنی است، ویژهٔ موردی است که سابقهٔ ملکیت مال روشن نباشد.

از لحن مواد ۹۷ و ۱۲۴ نیز بخوبی برمی‌آید که تصرف در صورتی دلیل مالکیت است که مالک سابق مال معلوم نباشد، و تنها در این حالت خاص، اوضاع و احوال امر دلیل بر مالکیت متصرف است.

در موردی که مالکیت سابق کسی بر آن اثبات شود، اوضاع و احوالی به سود متصرف موجود نیست. پس،او باید در دادگاه نشان دهد که به یکی از اسباب نقل مال مورد نزاع به او منتقل شده است، زیرا تصرف دلالت بر انتقال ندارد، تا متصرف بتواند در مقام اثبات مالکیت خود به آن استناد کند.[1]

این استدلال مورد قبول قانون مدنی قرار گرفته است. زیرا مادهٔ ۳۷ می‌گوید *«اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است، در این صورت مشارالیه نمی‌تواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور به تصرف خود استناد کند، مگر اینکه ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است»*.

متن ماده ناظر به صورتی است که مالکیت سابق مدعی مورد اقرار متصرف باشد. ولی، چون اقرار هیچ خصوصیتی جز اثبات مالکیت مدعی ندارد، باید بر آن بود که ثبوت حقانیت سابق مدعی، به هر دلیل که باشد، اثر امارهٔ تصرف را از بین خواهد برد.

در امتیاز اقرار بر سایر دلایل گفته شده است که دعوی را دگرگون می‌سازد: یعنی کسی که پیش از آن مدعی‌علیه است، در اثر اقرار به زیان خود مدعی می‌شود و باید انتقال مال را ثابت کند.

متصرفی که به مالکیت سابق طرف دعوی اعتراف می‌کند، ناچار است که ۱) یا انتقال مال را به خود ضمیمهٔ اقرار سازد؛ ۲) یا مالکیت کنونی خود را جدای از اقرار ادعاء کند؛ بدین ترتیب که، در سابق مال به طرف دعوی تعلق داشته و اکنون از آن او است.

---

۱. در تأیید این نظر در فقه: میرزا نائینی و محمد علی کاظمی، فوائد الاصول، ج۴، ص ۲۲۵: اگر به دلایلی معلوم شود که شروع به تصرف به عنوان امین یا غاصب بوده است، استیلاء کنونی بر مال به تنهایی امارهٔ مالکیت نیست و بر متصرف است که تغییر عنوان تصرف و مشروع بودن آن را اثبات کند. پس، تصرفی نشانهٔ مالکیت است که پیشینهٔ آن معلوم نباشد، رک. مادهٔ ۷۴۷ ق.آ.د.م.

در حالت دوّم: اقرار او نادرستی ادعا را نیز می‌رساند: زیرا ممکن نیست مالی بدون سبب خاص از ملکیت صاحب آن خارج و به دیگری منتقل شود. پس، این اقرار با ادعا جمع نمی‌شود و لازمهٔ معتبر داشتن آن نپذیرفتن ادعاء است.

در حالت نخست نیز، که متصرف ادعای انتقال را به اقرار ضمیمه می‌سازد، با این کار دعوی را دگرگون می‌کند. اکنون دیگر او مدعی انتقال است و باید ادعای خویش را، که با *«اصل عدم انتقال»* مخالف است، اثبات کند.

اگر به دلایل دیگر مالکیت سابق مدعی احراز می‌شود، متصرف همچنان مدعی‌علیه است و طرف باید نامشروع بودن تصرف و مالکیت کنونی خود را ثابت کند؛ ولی، جایی که متصرف به حق سابق اعتراف می‌کند، دعوی منقلب می‌شود و این بار متصرف باید اثبات ادعا را به عهده بگیرد.[1]

این گفته را، با وجود ظاهر منطقی که دارد، نمی‌توان پذیرفت. زیرا، اگر قبول شود که هیچ مالی بدون سبب به دیگری منتقل نمی‌شود و تصرف نیز به تنهایی دلالت بر انتقال ملک به متصرف ندارد، چگونه می‌توان در مواردی که مالکیت سابق احراز شده است، متصرف را از اقامهٔ دلیل بی‌نیاز دانست؟ برعکس، هرگاه تصرف دلیل بر انتقال باشد، چرا در موردی که متصرف به مالکیت سابق طرف خود اقرار کرده است باید او را مدعی شمرد و اماره‌ای که به سود متصرف ایجاد شده ندیده گرفت؟ پاسخ این تعارض در گفته‌های معتقدان به امتیاز اقرار بر سایر دلایل آن داده نشده است و دلایل ترجیحِ اقرار ذهن را قانع نمی‌کند.

۲۰۵. نتیجه:

از مفاد قانون مدنی چنین برمی‌آید که، تصرف در صورتی دلیل مالکیت است که سابقهٔ ملکیت آن معین نباشد. در موردی که مالکیت سابق کسی مسلم باشد، متصرف کنونی نمی‌تواند در برابر او نیز به تصرف خود استناد کند. در چنین حالتی، او باید ثابت کند که ملک به وسیلهٔ یکی از اسباب قانونی به او منتقل شده است. چنان‌که مادهٔ ۳۷ قانون مدنی در همین زمینه می‌گوید: *«اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است، در این صورت مشارالیه نمی‌تواند برای رد ادعای مالکیت شخص*

---

۱. میرزا نائینی و کاظمی، فوائد الاصول، ج ۳، ص ۲۲۸.

مزبور به تصرف خود استناد کند، مگر اینکه ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است».

متن ماده ناظر به صورتی است که مالکیت مدعی مورد اقرار متصرف باشد، و رویهٔ قضایی نیز آن را منحصر به مورد اقرار کرده و تصرف فعلی را مقدم داشته است. با وجود این، چون اقرار هیچ خصوصیتی جز اثبات مالکیت مدعی ندارد، باید بر آن بود که ثبوت مالکیت سابق مدعی، به هر دلیلی که باشد، اثر امارهٔ تصرف را از بین خواهد برد.

۲۰۶. استفاده از تصرف به عنوان امارهٔ قضایی:

آنچه در بارهٔ تعارض مالکیت و تصرف گفته شد، ناظر به موردی است که تصرف به عنوان امارهٔ قانونی مورد استناد قرار گیرد. ولی، حکمی که از مادّهٔ ۳۷ استنباط شد مانع از آن نیست که دادرس به قرائن خاص هر دعوی نیز توجه کنند و، بر پایهٔ امارههای قضایی، تصرف کنونی را بر مالکیت گذشته مقدم دارد:

در مورد خرید و فروش بسیاری از اموال منقول سندی تنظیم نمی‌شود، و فروشنده در برابر گرفتن پول مبیع را تسلیم می‌کند. در انتقال اشیاء کم بها ایجاب و قبول نیز گفته نمی‌شود و مردم ارادهٔ خود را با دادن و گرفتن آنها بیان می‌کنند. عرف انتقال مالکیت را با دست به دست شدن این اموال همراه می‌داند و خردمندان نیز بنای کار خود را بر اعتماد به تصرف می‌نهند.

در چنین مواردی تصرف داشتن دلیل بر مالکیت است و گاه نیز نشانهٔ انتقال محسوب می‌شود. اگر از متصرف نیز دلیل مالکیت خواسته شود، نظام داد وستد و تجارت برهم می‌خورد و شیرازهٔ زندگی از هم می‌پاشد: آیا در دعوی سازمان اعانهٔ ملی با دستفروشی که چندین بلیط اعانهٔ ملی در دست دارد می‌توان متصرف را مدعی شمرد و از او دلیل انتقال خواست، یا ممکن است در اختلاف شخصی محترم که ساعت به دست دارد و شرکتی که انحصار ورود آن ساعت با اوست، به متصرف احترام نگذاشت و آن را دلیل مالکیت نشمرد؟

سرعت انتقال این گونه کالاها و پیچیدگی روابط اجتماعی به گونه‌ای است که ناچار باید متصرف را مالک شمرد، و کسی را که مدعی است نظم عادی امور به هم ریخته و متصرف به غلبه بر مال مستولی شده ناگزیر از آوردن دلیل ساخت. بنابراین، اگر متصرف

نیز به مالکیت گذشته مدعی اقرار کند، دادرس می‌تواند، با توجه به قرائن و اماره‌های خاص دعوی، متصرف را مالک کنونی بشناسد و بار اثبات دعوی را به دوش مالک سابق گذارد. منتها، تشخیص اینکه در مورد چه اموال و در رابطه بین چه کسانی این قرائن وجود دارد با دادگاه است و امارهٔ قانونی تصرف در همه جا حکومت نمی‌کند.

ب. نقش تصرف در دعوای وقف

۲۰۷. آیا تصرف اماره بر وقف است؟

نتیجهٔ مهمی که از این اصل (تقدم مالکیت سابق بر تصرف کنونی) گرفته می‌شود، ثابت نشدن وقف به وسیلهٔ احراز تصرف به عنوان وقفیت است. زیرا به حکم قانون وقوع هر وقف مسبوق به ملکیت است: یعنی باید مالکی مال خود را وقف کند (لا وقف الاّ فی ملک). بنابراین، اگر در باب وقف بودن ملکی اختلاف شود، مدعی وقفیت نمی‌تواند تصرف به عنوان وقف را دلیل وقف بودن قرار دهد؛ بلک باید ثابت کند که ملک سابق، به‌وسیلهٔ وقوع عقد وقف و قبض آن، تبدیل به وقف شده است. چنانکه شعبهٔ ۳ دیوان کشور در رأی شمارهٔ ۲۹۸ - ۲۳/۴/۶ می‌گوید: «در *موضوع اختلاف* در ملکیت و وقفیت *اصل ملکیت* است و *مدعی وقف باید دعوی را ثابت نماید و عمل* به وقف هم به *تنهایی دلیل* مثبت وقف محسوب نمی‌شود».[1]

۲۰۸. اختلاف در رویهٔ قضایی:

در این بحث که آیا وقف بودن مال را تنها به وسیلهٔ اثبات عمل به وقف می‌توان ثابت کرد یا نه اختلاف است:

۱. گروهی از دادرسان، به دلیل مسبوق بودن طبیعی هر وقف به مالکیت پیش از خود، تصرف به عنوان وقف را کافی برای اثبات آن نمی‌دانند.[2]

۲. گروه دیگر، تصرف به عنوان وقف را دلیل وقف بودن می‌شمارند، بدون اینکه به

---

۱. مجموعهٔ رویهٔ قضایی متین، ص ۳۳۵.

۲. دیوان کشور، شعبه ۳، رأی شماره ۲۹۸ - ۲۳/۴/۶ ؛ همان شعبه، رأی شمارهٔ ۱۶۸۹ - ۹۸/۷/۲۵ ؛ شعبهٔ ۱، رأی شمارهٔ ۲۵۵۵ ـ ۱۳۱۶/۱۱/۲۵.

پیشینهٔ مالکیت توجه کنند.[1]

دیوان کشور در نظریهٔ شمارهٔ ۶۹۹ - ۳۴/۴/۱۷ ظاهراً نظری را که به موجب آن *«تصرف به عنوان وقفیت دلیل بر وقفیت است»* تقویت کرده. در این نظریه، که به مناسبت رفع اختلاف بین شعبه‌های ۴ و ۶ دیوان کشور ابراز شده چنین آمده است: «پس از قرائت رأیهای صادر از شعبهٔ ۴ و ۶ و استماع توضیحات آقایان رئیسان و مستشاران شعبتین نامبرده و مذاکره و بحث در اطراف مسأله روشن گردید که نسبت به اصل و اساس حکم قضیه اختلاف نظر و رویه بین دو شعبه نبوده است و هر دو شعبه در مسائل زیر متفق می‌باشند:

۱. به طوری که طبق مادهٔ ۳۵ قانون مدنی تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است تا خلافش ثابت شود، تصرف به عنوان وقفیت نیز دلیل وقفیت است تا خلافش محرز گردد.

۲. تصرف به عنوان وقف قابل اثبات با شهادت شهود است.

۳. ید فعلی حاکم بر ید سابق است، یعنی تصرف فعلی به عنوان مالکیت را تصرف سابق وقف، ولو ثابت باشد، از اعتبار ساقط نمی‌کند، مگر در صورتی که ضمن اثبات مصرف سابق وقف محرز گردد که منشأ تصرف فعلی مالکانه غصب و بدون مجوز قانونی عدواناً عین موقوفه از تصرف وقف انتزاع شده است و در این صورت، تصرف وقف معتبر است تا خلافش ثابت شود.

با توافق نظر در سه اصل فوق، مجال و موردی برای اختلاف نظر شعبتین باقی نبوده تا، برای رفع آن و توحید رویه، موضوع طرح و اخذ رأی هیأت عمومی بعمل آید».[2]

پس، باید گفت که اختلاف پایان نیافته و منشأ آن را باید در تعارض تصرف فعلی و مالکیت سابق دید.

۲۰۹. تعارض بین تصرفی کنونی و وقفیت سابق:

اگر وقف بودن ملکی در گذشته معلوم باشد و متصرف کنونی ادعاء کند که مالک

---

۱. رأی شمارهٔ ۱۱۱۸ - ۱۶/۵/۱۵ شعبهٔ ۱ ـ نظر هیأت عمومی شمارهٔ ۶۹۹ - ۳۴/۴/۱۷، آرشیو حقوقی کیهان ۱۳۴۲، ص ۴۳۰، شمارهٔ ۱۷۷.

۲. آرشیو حقوقی کیهان از ۲۸ تا ۴۲، ص ۴۳۰.

آنست، آیا این تصرف به تنهایی می‌تواند دلیل بر امکان فروش وقف و انتقال آن به متصرف محسوب شود یا نه؟

پاره‌ای از نویسندگان این فرض را تابع موردی دانسته‌اند که تصرف کنونی با مالکیت سابق متعارض باشد. به نظر آنها، اگر تصرف از زمانی آغاز شود که ملک هنوز وقف است و امکان فروش آن وجود ندارد، به تنهایی دلیل بر مالکیت نیست؛ ولی، هر گاه این نکته معلوم نباشد یا احتمال رود که شروع به تصرف در زمانی بوده است که فروش وقف امکان داشته، تصرف کنونی مقدم است زیرا تصرف اماره است و بر استصحاب وقف بودن، که در زمرهٔ اصول عملی است، حکومت دارد.[1]

گذشته از آنچه در بارهٔ تعارض تصرف و مالکیت سابق گفته شد، پذیرفتن نظر یادشده با این اشکال روبرو است که، تصرف حداکثر می‌تواند دلیل بر انتقال مال به متصرف باشد. این دلالت در صورتی پذیرفته است که موضوع آن قابلیت انتقال را داشته باشد. لیکن، در مورد وقف، ابتداء باید ثابت شود که به دلیل وجود حادثه‌ای فروش آن ممکن گشته است، و این امری است که تصرف هیچ دلالتی بر آن ندارد. پس، در این گونه دعاوی، تصرف مدعی مالکیت را از اقامهٔ دلیل بی‌نیاز نمی‌کند.[2]

ج. تعارض دو تصرف و با سایر دلایل

۲۱۰. تعارض بین تصرف کنونی و سابق:

شاید در بادی نظر تصور شود که نتیجهٔ منطقی مقدم بودن مالکیت سابق بر تصرف کنونی این است که تصرف سابق نیز بر تصرف کنونی مقدم شمرده شود، زیرا تصرف سابق دلیل بر مالکیت سابق است. ولی، این تصور را باید از ذهن بیرون کرد. هرچند که امارهٔ قانونی در زمرهٔ دلایل به شمار آمده، لیکن به واقع اثری جز دگرگون ساختن وضع مدعی و مدعی‌علیه ندارد. امارهٔ قانونی سبب می‌شود تا طرفی که، بر طبق اصول کلی، باید مدعی محسوب شود و بار اثبات ادعاء را به دوش گیرد، از آوردن دلیل بی‌نیاز شود.

---

۱. سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، ملحقات عروة الوثقی، جزء سوّم، ص ۱۴۵ به بعد.

۲. میرزا نائینی و کاظمی، کتاب یاد شده، ص ۲۲۶.

بنابراین، دلالت اماره بر مالکیت مانند سایر دلایل نیست و به همین خاطر نیز اعتبار آنها را ندارد.

در صورتی که دلیلی بر مالکیت سابق وجود داشته باشد، چون بنا به فرض وضع ملک روشن است، دیگر جایی برای استناد به اماره باقی نمی‌ماند و متصرف باید ثابت کند که ملک به یکی از وسایل قانونی به او منتقل شده است.ولی، جایی که شخصی در گذشته مال را در تصرف داشته و اکنون نیز دیگری بر آن تسلط دارد، وضع واقعی ملکیت معلوم نیست و ناچار باید تصرف را معیار تمیز آن قرارداد.

در فرض ما تصرف سابق دلالت بر مالکیت در زمان گذشته دارد، ولی تصرف کنونی دلیل بر مالکیت فعلی است و بر آن مقدم خواهد بود. زیرا آنچه موضوع دعوی قرار گرفته مالکیت فعلی است نه گذشته.

۲۱۱. تعارض بین تصرف و سایر دلائل:

به موجب مواد ۳۵ و ۱۳۲۲ قانون مدنی، تصرف دلیل مالکیت است: یعنی چون ظاهر اینست که هر مال در تصرف صاحب آنست، قانون نیز این ظهور را مبنای حکم مادهٔ ۳۵ قرار داده، و تصرف را دلیل و نشانهٔ مالکیت دانسته است.

ولی، باید دانست که این دلیل در برابر سایر دلایل اثبات دعوی ارزش ندارد، و نمی‌تواند با آنها مقاومت کند چنان‌که مادهٔ ۱۳۲۳ قانون مدنی در بارهٔ ارزش امارات می‌گوید: «*امارات قانونی در کلیه دعاوی، اگرچه از دعاوی باشد که به شهادت شهود قابل اثبات نیست، معتبر است، مگر اینکه دلیل برخلاف آن موجود باشد*». پس، اگر مدعی مالکیت در برابر متصرف شهودی بر مالکیت خود آورد، او نمی‌تواند تصرف را وسیلهٔ جَرح گواهان قرار دهد.

گفتار سوم ـ قلمرو قاعده

۲۱۲. امارهٔ تصرف در منافع و حقوق:

اختلاف در این است که، امارهٔ تصرف آیا مخصوص مالکیت در اعیان است، یا در مالکیت منافع و سایر حقوق عینی نیز اجراء می‌شود. برای مثال، تصرف در ملکی به

عنوان مالک منافع یا صاحب حق ارتفاق نیز دلیل تعلق منافع و حق ارتفاق به متصرف محسوب است؟

ممکن است گفته شود که استیلاء و تسلط فقط بر اشیاء مادی امکان دارد، و نسبت به منافع، که بتدریج به وجود می‌آید و در عالم خارج استقرار ندارد، قابل تصور نیست. تصرف سایر حقوق عینی نیز، از این جهت که موضوع آن امر مادی خارجی نیست، به حکم عقل امکان ندارد.

به اضافه، به موجب مادهٔ ۱۳۲۱ قانون مدنی، امارهٔ قانونی اوضاع و احوالی است که به حکم قانون دلیل بر امری شناخته می‌شود. پس، در استناد به این گونه اماره‌ها نمی‌توان از حدود آنچه در قانون تصریح شده است تجاوز کرد، و به کمک قیاس امارات قانونی جدیدی به وجود آورد. مادهٔ ۳۵ قانون مدنی ناظر به تصرف در اعیان اموال به عنوان مالکیت است، و دربارهٔ منافع و حقوق عینی دیگر اجراء نمی‌شود.

ولی این استدلال از چند جهت قابل انتقاد است:

۱. تصرف در اعیان اموال، گاه به اعتبار مالکیت منافع یا حقوقی است که متصرف در آن دارد، و به همین دلیل است که پس از تسلیم مورد اجاره، مستأجر متصرف منافع آن محصوب می‌شود و موظف است که اجاره‌بها را برای تمام مدت به موجر بپردازد (بند ۳ مادهٔ ۴۹۰ قانون مدنی). تصرف تنها استیلای مادی و واقعی نیست تا بتوان آن را مخصوص به اعیان مادی کرد؛ همین اندازه که عرف شخص را مسلط بر مالی بداند تحقق پیدا می‌کند (مواد ۳۶۸ و ۳۶۹ قانون مدنی). تسلط بر منافع و حقوق عینی دیگر نیز به وسیلهٔ وضع ید بر اعیان اموال امکان دارد، پس قانون آن را محترم می‌شمارد.

از اینها گذشته، قانون آئین‌دادرسی مدنی دعوی ممانعت از حق را در زمرهٔ دعاوی تصرف آورده است (مادهٔ ۴۲۴). پس، به نظر قانونگذار تصرف در حق نیز مانند اعیان اموال است و آثار حقوقی دارد. مادهٔ ۳۲۷ ق.آ.د.م. می‌گوید: «*در دعوی ممانعت از حق، مدعی باید ثابت کند که قبل از تاریخ ممانعت لااقل یک سال در آن حق متصرف بوده و پیش از یک سال از تاریخ ممانعت نگذشته است*».

۲. درست است که وسیلهٔ قیاس و تشبیه نمی‌توان امارهٔ قانونی به وجود آورد، و امارهٔ تصرف را نیز باید در حدود متن مواد قانون اعمال کرد. ولی، باید توجه داشت که، فصل مربوط به قواعد مالکیت، بنابر مستفاد از بند ۱ مادهٔ ۲۹ قانون مدنی، اختصاص به

مالکیت اعیان ندارد. بنابراین، مادهٔ ۳۵ نیز که در همین فصل واقع شده، ناظر به تصرف به‌عنوان مالکیت منافع نیز هست.

امارهٔ تصرف در سایر حقوق عینی نیز ضمن مواد ۹۷ و ۱۲۴ قانون مدنی پیش‌بینی شده است. به موجب مادهٔ ۹۷ «*هرگاه کسی از قدیم در خانه یا ملک دیگری مجرای آب به ملک خود یا حق مرور داشته، صاحب خانه یا ملک نمی‌تواند مانع آب بردن یا عبور او از ملک خود شود، و همچنین است سایر حقوق، از قبیل حق داشتن در و شبکه و ناودان و حق شرب و غیره*». و مادهٔ ۱۲۴ می‌گوید: «*اگر از قدیم سرتیر روی دیوار مختصی همسایه بوده و سابقهٔ این تصرف معلوم نباشد، باید بحال سابق باقی بماند. و اگر بسبب خرابی عمارت و نحو آن سرتیر برداشته شود، صاحب عمارت می‌تواند آن را تجدید کند، و همسایه حق ممانعت ندارد، مگر اینکه ثابت نماید که وضعیت سابق به صرف اجازهٔ او ایجاد شده بوده است.*» در این دو ماده، استفاده از حق ارتفاق دلیل وجود آن حق دانسته شده است. بنابراین، در اجرای مادهٔ ۳۵ نسبت به منافع و حقوق عینی اصلی اشکال مهمی باقی نمی‌ماند.[۱]

منتها، از لحن مواد قانون مدنی و به ویژه از مبنای مادهٔ ۳۷ ق.م. چنین برمی‌آید که استیلاء بر حقوق عینی و منافع در صورتی برای متصرف مفید واقع می‌شود که سابقهٔ تصرف و مالکیت کامل صاحب عین در آن تاریخ روشن نباشد. اگر مالک عین بتواند مالکیت کامل خود را پیش از تاریخ استفادهٔ متصرف ثابت کند، متصرف باید انتقال منافع یا برقراری حق را مدلل دارد. پس، بندرت می‌توان از مادهٔ ۳۵ ق.م. در این باره استفاده کرد.[۲]

۲۱۳. تصرف زوجین در اثاث خانه:

زن و شوهر تا زمانی که باهم زندگی می‌کنند، برای رفع نیازهای مشترک خود اشیاء و لوازمی فراهم می‌آورند، که به حکم عرف هر دو بر آنها تسلط دارند. از طرفی، برای اثبات مالکیت اموال منقول کمتر دلیل نگاهداری می‌شود، و مردم با توجه به ظاهر امر

---

۱. حکم شمارهٔ ۱۱۱۸–۱۶/۵/۱۵ شعبهٔ ۱ دیوان کشور: احمد متین، مجموعهٔ رویهٔ قضایی، ص ۱۰۲.

۲. با وجود این، چنان‌که گفته شد، دیوان کشور در پاره‌ای از آراء خود تصرف به عنوان وقفیت را دلیل بر وقف بودن ملک دانسته است.

متصرف مال منقول را مالک آن می‌شناسند. به همین جهت، در تشخیص متصرف و مالک واقعی اشیایی که در محل سکونت مشترک زوجین وجود دارد اختلاف به میان می‌آید و باید دید، هرگاه دلیلی بر مالکیت هیچ یک از دو طرف وجود نداشته باشد، با استفاده از امارهٔ تصرف چگونه می‌توان دعوی را فصل کرد، و در این نزاع بار اثبات دعوی باید به کدامیک تحمیل شود؟

قانون مدنی در این باره حکمی ندارد. نویسندگان نیز راه‌حلهای گوناگون پیشنهاد کرده‌اند، که پاره‌ای از آنها را یادآور می‌شویم، وکوشش خواهیم کرد تا راهی راکه با روح قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم موافق‌تر است بیابیم.

۱. بعضی گفته‌اند، برای تشخیص مالک اثاث باید به عرف و عادت رجوع کرد. اگر در محلی مرسوم است که تمام لوازم زندگی را مرد تهیه می‌کند، هنگام نزاع باید زوجه را مدعی دانست، و از او خواست که مالکیت خود را اثبات کند. برعکس، اگر عادت بر این جاری باشد که زن لوازم مورد نیاز را از خانهٔ پدری خود بیاورد، اثاث خانه مال او محسوب است و زوج باید بار اثبات دعوی را به دوش کشد و خلاف این فرض را اثبات کند، ولی، اگر عرف و عادت مسلمی موجود نباشد، چون زن و شوهر هر دو متصرف اموال هستند، و هیچ جهتی برای ترجیح دعاوی آنان وجود ندارد، هر یک را باید مالک نصف از اثاث مورد نزاع دانست.[1]

۲. بعض دیگر هیچ رجحانی برای دعاوی زوجین قائل نشده‌اند، و به‌طور کلی هر یک را مالک نصف از اثاث دانسته‌اند.[2]

۳. عده‌ای هم زن را در خانهٔ شوهر به منزلهٔ میهمان دانسته‌اند، و ادعای زوج را مقدم شمرده‌اند. برعکس، جمع دیگر قول زوجه را ترجیح داده‌اند.[3]

۴. مشهور بین فقیهان امامیه این است که، آن دسته از اموال که تنها مورد استعمال و استفادهٔ مردان واقع می‌شود به زوج تعلق دارد، و آنچه اختصاص به زنان دارد، مال زوجه است. اموالی که در زندگی زناشویی مخصوص یکی از دو طرف نیست، و زن و مرد

---

۱. مسالک، شهید ثانی، جلد دوم، کتاب قضاء.

۲. شرایع محقق ـ قواعد علامه، کتاب قضاء.

۳.نقل از کتاب قضاء، سید محمد کاظم یزدی، ص ۱۴۱ و ۱۴۲.

یکسان از آن استفاده می‌کنند، بین زن و شوهر به تساوی تقسیم می‌شود.[1]

این نظر با مفاد قاعدهٔ ید سازگارتر است. زیرا، هرگاه پاره‌ای از اشیاء مورد استعمال و استفادهٔ اختصاصی یکی از زوجین قرار گیرد. سلطه و اقتداری که او بر آنها دارد بیش از دیگری است و به همین جهت تصرف او هم باید بر ید مشترک که هر دو دارند مقدم شمرده شود. برای مثال، زیورآلات موجود در خانهٔ زن و شوهر، به خاطر اینکه در محل سکونت و اقامتگاه آنهاست، در تصرف هر دو محسوب می‌شود؛ ولی زن، علاوه بر این تصرف مشترک، روزانه از زیور آلات استفاده می‌کند و آن را در صندوق یا بقچهٔ اختصاصی خود می‌گذارد و، به طور خلاصه، همیشه استیلاء و اقتداری زائد بر زوج دارد. پس، باید او را متصرف واقعی زیورآلات دانست، و زوج را که دارای تصرف ضعیف‌تری است مدعی شمرد.

مادهٔ ۵۶ آئین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی نیز در پیروی از همین نظر اعلام داشت: «هرگاه متعهد یکی از زوجین باشد که در یک خانه زندگی می‌نمایند، از اثاث‌البیت آنچه که عادتاً مورد استعمال زنانه است، ملک زن و آنچه که عادتاً مورد استعمال مردانه است ملک شوهر، و مابقی مشترک بین زوجین محسوب خواهد شد، مگر اینکه خلاف ترتیب فوق اثبات شود»، مانند اینکه ثابت شود، امکان تهیهٔ آن اموال برای یکی از زوجین وجود ندارد. مادهٔ ۶۳ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ امارهٔ تصرف در تمیز مالکیت اموال موجود در خانواده را به اموال منقول اختصاص داد. در این ماده می‌خوانیم: «در مورد اموال منقول موجود در محل سکونت زوجین، آنچه معمولاً و عادتاً مورد استفاده اختصاصی زن باشد متعلق به زن و آنچه مورد استفادهٔ اختصاصی مرد باشد متعلق به شوهر و بقیه از نظر مقررات این قانون مشترک بین آنان محسوب می‌شود، مگر اینکه خلاف آن ثابت گردد».

۲۱۴. رویهٔ قضایی:

استفاده از امارهٔ تصرف منحصر به موردی نیست که زن و شوهر در مالکیت اثاث منزل با هم

---

۱. خلاف شیخ طوسی ـ و ابن ادریس و ابن جنید، به نقل از مسالک؛ قضاء سید محمد کاظم یزدی، ص ۱۴۱ و ۱۴۲.

نزاع دارند؛ جایی هم که زوجه اموالی را به عنوان جهیز به خانهٔ شوهر می‌برد، و پس از جدا شدن از او در مقام مطالبه برمی‌آید، تصرف شوهر و امکان محکوم ساختن او مورد گفتگوی بسیار قرار گرفته است.

به طور کلی، آوردن جهیز و حتی دادن رسید زوج، به تنهایی برای مطالبهٔ آن کافی نیست؛ چنان‌که شعبهٔ ۲۷ دادگاه شهرستان تهران در پروندهٔ شمارهٔ ۴۵۹/۳۸ چنین رأی داده است:

«نظر به اینکه اموال موجود در اقامتگاه مشترک زوجین، صرفنظر از مالکیت آن، در تصرف هر دو نفر می‌باشد، و انحلال عقد نکاح صرفاً دلالتی بر انتزاع ید زوجه و تصرف مستقل زوج در اموال مذکور ندارد».

«نظر به اینکه عرفاً جهیز برای استعمال و استفادهٔ مشترک زوجین به خانهٔ شوهر برده می‌شود، و در عین حال زوجه در نقل و انتفاع اختصاصی از آن آزاد است. و بنابراین در صورتی پس از انحلال نکاح می‌تواند عین یا قیمت اموال نامبرده را از شوهر مطالبه کند، که بقاء اعیان یا تلف آن را در ید شوهر بعد از وقوع طلاق اثبات نماید».

«نظر به اینکه ورقهٔ عادی مورد استناد فقط حاکی از اینست که، خوانده به مالکیت خواهان نسبت به اموال مذکور در ورقه اقرار و اعتراف نموده است، و به هیچوجه حکایت از بقاء اموال در ید زوج یا تلف آن بعد از طلاق ندارد، و بنابراین نمی‌تواند تمام ارکان لازم دعوی استرداد جهیزیه را مدلل دارد ـ لذا دعوی محکوم به بطلان می‌شود...».

دیوان کشور نیز در رأی شمارهٔ ۱۳۶۶ - ۱۱۸۲ مورخ ذیحجه ۱۳۳۹ قمری گفته است: *«داشتن قبض رسید جهیزیه از زوج به تنهایی کافی برای حق مطالبه نیست، بلکه باید زوجه ثابت نماید که جهیزیه، باقی و در منزل زوج است. و اثر قبض رسید فقط همین است که، با بقاء عین جهیزیه، زوج نمی‌تواند بدون وجود ناقل جدیدی نسبت به آن دعوی مالکیت بنماید».*[1]

ولی گاه اوضاع و احوال خاص دعوی حقانیت زوجه را می‌رساند، و رأی زیر یکی از آن موارد است که شعبهٔ ۲۷ دادگاه شهرستان تهران، در مقام رسیدگی پژوهشی از رأی شمارهٔ ۳۳۱ - ۳۹/۴/۲۶ شعبهٔ ۷ دادگاه بخش تهران صادر کرده است (رأی مورخ ۴۰/۷/۱۹ پروندهٔ شمارهٔ ۲۰۳/۳۹):

خلاصه دعوی اینست که، زنی به استناد صورت جهیزیه خود که به امضاء شوهر او رسیده

---

۱. محمد عبده، اصول حقوقی در دیوانعالی تمیز، ص ۷۸ و ۷۹)

درخواست صدور حکم بر محکومیت او نموده است. و زوج در برابر، دفاع کرده که خواهان در غیبت او کلیهٔ اموال خود را به ضمیمهٔ اثاث او به سرقت برده است. دادگاه بخش نیز به این استدلال که «*خواهان دلیلی بر بقاء جهیزیه در ید زوج اقامه نکرده*» دعوی را محکوم به رد کرده است. و پس از طرح دعوی پژوهشی در دادگاه شهرستان بدین شرح اظهار نظر شده است:

«در خصوص مطالبهٔ: ۱ـ سه دست لباس سنگین (شال) و دو دست وسط (کودری) مقوم به سه هزار ریال ۲ـ اسباب حمام با دو بقچهٔ مخمل و چلوار مقوم به یک هزار ریال ۳ـ بقچهٔ حمام محمل زری با ۲۰ متر پارچه کودری مقوم به یک هزار و یکصد ریال:

«نظر به اینکه امضاء ذیل صورت جهیز و اعلام زوج بر اینکه: «اشیاء مرقومه فوق تماماً تحویل اینجانب گردیده» عرفاً دلالت ندارد که اشیاء مذکور در تصرف انحصاری وی قرار گرفته، بلکه با این عبارت زوج تأیید کرده است که آن اشیاء، که در زندگانی مشترک زوجین وارد می‌شود، به زوجه تعلق دارد. بنابر این نسبت به البسه و اشیاء مورد مطالبه که استفاده از آن اختصاص به خواهان دارد، نامبرده در صورتی می‌تواند از زوج خود استرداد آن را بخواهد، که انتزاع ید خود و تصرف انحصاری زوج را در دادگاه ثابت کند».

«نظر به اینکه پروندهٔ امر از این حیث مقرون به دلیل قاطعی نیست، وخروج زوجه از خانهٔ زوج نیز، به تنهایی و بدون هیچگونه قرینه‌ای، حاکی از خلع ید زوجه از تمام جهیزیهٔ خود نیست، لذا در این قسمت دادنامهٔ پژوهشخواسته دائر بر بطلان دعوی بانو... نتیجةً استوار می‌شود».

«و در خصوص مطالبهٔ سایر اشیاء مندرج در ورقهٔ عادی ۱۳۳۷/۱۱/۲۸: نظر به اینکه طبیعت اموال مذکور بنحوی است که مورد استفادهٔ زوجین قرار می‌گیرد، و عادتاً استعمال آن اختصاص به زوجه ندارد، و بنابر این پس از ورود آن اموال در خانهٔ زوج قهراً در تصرف او قرار می‌گیرد».

«نظر به اینکه آقای... بطور مکرر آوردن اشیاء را به خانهٔ خود اعتراف ومنتهی ادعا کرده است که، بانو... پس از خروج از خانهٔ وی جهیزیه را برده است و این ادعا نیز مقرون به دلیلی نمی‌باشد».

«نظر به اینکه پژوهشخواه در صورتمجلس مورخه ۴۰/۴/۱۹ ضمن توضیحات خود تصدیق کرده است پژوهشخوانده بیش از مدت سه ماه با او بسر نبرده است، و عرفاً در این مدت کوتاه بعید بنظر می‌رسد که اشیایی از قبیل ظروف مس و سماور و غیره در اثر کثرت استعمال از

بین رفته باشد، و بنابر این بقاء اشیاء مورد مطالبه در دست پژوهشخوانده موافق با اصل و ظاهر است، و دلیلی که خلاف مدلول و اصل و ادعای نامبرده را در خصوص بردن جهیز اثبات کند به دادگاه تقدیم نشده است».

«نظر به اینکه به شرح تصمیم مورخ ۱۳۳۹/۷/۱۴، پژوهشخواه برای بیان اوصاف و قیمت اقلام مختلف جهیزیه به دادگاه دعوت شده، و پس از تعیین این خصوصیات، محکمه ضمن صدور قرار تحقیق از آقای... از پژوهشخوانده دعوت کرده است که برای ملاحظهٔ اوصافی که ولی زوجه از جهیزیه شمرده حاضر شود و بنوبهٔ خود توضیحات لازم را بدهد و نامبرده در مقام بیان توضیح در جلسهٔ ۴۰/۴/۱۹ گفته است که: «در جهیزیه که زوجهٔ من مطالبه می‌کند، هرچند به منزل من آورده است، ولی از تاریخ ازدواجش بیش از سه ماه در خانه من نماند...» و از این بیان بخوبی برمی‌آید که در بارهٔ خصوصیات ذکر شده طرفین اختلافی ندارند.

«بنا به مراتب مذکور، با اعلام فسخ دادنامهٔ پژوهشخواسته، در این خصوص پژوهشخوانده محکوم می‌شود که اشیاء زیر را به پژوهشخواه تسلیم کند...».

فصـــل سوم

شاخه‌های مالکیت

مبحث اول: حق انتفاع

۲۱۵. تقسیم مبحث:

حق انتفاع را ضمن پنج گفتار مورد مطالعه قرار می‌دهیم:

۱. تعریف حق انتفاع و اقسام آن؛

۲. طرز برقراری حق انتفاع و شرایط صحت قراردادی مبنای آن؛

۳. حقوق و تکالیف منتفع در برابر مالک؛

۴. حقوق و تکالیف مالک؛

۵. اسبابی که موجب زوال حق انتفاع می‌شود.

گفتار نخست ـ تعریف و اقسام حق انتفاع

۲۱۶. تعریف:

مطابق مادهٔ ۴۰ قانون مدنی: «حق انتفاع عبارت از حق است که، بموجب آن شخص می‌تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد استفاده کند».

حق انتفاع یکی از شاخه‌ها و مراتب مالکیت است، که در اثر قرارداد به شخصی

واگذار می‌شود. پس، در حق انتفاع همیشه برای مال موضوع آن، دو صاحب حق وجود دارد ۱) منتفع، که حق استعمال و انتفاع از عین به او واگذار شده؛ ۲) مالک که صاحب عین است، و در اثر قرارداد سهم بزرگی از حقوق خود را به منتفع واگذار کرده است.

حق انتفاع حق عینی است و موضوع آن باید شییء مادی باشد. حق انتفاع از دین و حقوق معنوی، مانند حق مؤلف و مخترع، را باید بر طبق مفاد مادهٔ ۱۰ قانون مدنی بررسی کرد و در این مبحث تنها قواعد مربوط به اموال مادی گفته می‌شود. ولی، حق انتفاع اختصاص به اموال غیرمنقول ندارد و نسبت به اموال منقول نیز برقرار می‌شود (مادهٔ ۴۶ قانون مدنی).

۲۱۷. اقسام حق انتفاع:

قانون مدنی انتفاع را به سه دسته تقسیم کرده، و مبحث اول این فصل را به (عمری و رقبی و سکنی) و مبحث دوم را به (وقف) و مبحث سوم را به (حق انتفاع از مباحات) اختصاص داده است. طرز استفاده از مباحات و اموالی که مالک خاص ندارد، به اختصار گفته شد و قواعد آن نابع نظامات و مقررات خاص است. برای مثال، قواعد شکار حیوانات و ماهیگیری را باید در قوانین مخصوص آن جستجو کرد. ولی بسیاری از قواعد مربوط به مبحث اول و وقف مشترک است و لازم است هر یک از این اقسام تعریف شود.

۲۱۸. عُمری:

به موجب مادهٔ ۴۱ قانون مدنی: *«عمری حق انتفاعی است که بموجب عقدی از طرف مالک برای شخص به مدت عمر خود یا عمر منتفع و یا شخص ثالثی برقرار شده باشد».* اگر حق انتفاع برای مدت عمر مالک برقرار شده باشد، با مرگ او برطرف می‌شود. ولی، اگر به مدت عمر منتفع یا ثالث باشد، فوت مالک اثری در آن ندارد و وارثان او نمی‌توانند مزاحم صاحب حق شوند.

۲۱۹. رُقبی:

مادهٔ ۴۲ قانون مدنی می‌گوید: *«رقبی حق انتفاعی است که از طرف مالک برای مدت*

معینی برقرار می‌شود». تفاوت عمدهٔ عمری و رقبی در این است که، در قسم اخیر، مدت برقراری از طرف مالک معین شده و ارتباطی به عمر دو طرف یا شخص ثالث ندارد.

۲۲۰. سُکنی:

اگر حق انتفاع ناظر به سکونت در محل باشد، به این اعتبار «سکنی» نامیده می‌شود. مدت برقراری حق ممکن است معین، یا به مدت عمر مالک و منتفع و شخص ثالث، یا به طور مطلق و همیشگی باشد (مادهٔ ۴۳ ق.م.). پس سکنی، از نظر مدت، قسم ممتازی از حق انتفاع نیست و فقط از نظر کثرت استعمال و شیاع آن، قانون نام خاصی برای حق سکونت انتخاب کرده است.

۲۲۱. حبس مطلق:

در قرارداد حق انتفاع، ضرورت ندارد که مدت ایجاد حق معین شود. مالک می‌تواند به طور مطلق و بدون ذکر مدت، انتفاع از مال خود را به دیگری واگذار کند. در این صورت، مالک می‌تواند، هرگاه که بخواهد، رجوع کند و در هر حال با فوت مالک حق انتفاع از بین می‌رود.

مادهٔ ۴۴ قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد: *«در صورتی که مالک برای حق انتفاع مدتی معین نکرده باشد، حبس مطلق بوده و حق مزبور تا فوت مالک خواهد بود، مگر اینکه مالک قبل از فوت خود رجوع کند».*

۲۲۲. وقف:

در عقد وقف حق انتفاع به طور مؤبد برای صاحبان حق برقرار می‌شود، و به همین جهت رابطهٔ مالک اصلی نیز با مال موقوفه قطع می‌گردد. عقد وقف، به خاطر اهمیت خاصی که از نظر اجتماعی دارد، یکی از عقود معین است[1] و مادهٔ ۵۵ قانون مدنی در تعریف آن می‌گوید: **«وقف عبارتست از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود».**

مقصود از حبس عین، نگاهداری مال و منع از نقل و انتقال آنست. بنابراین، بعد از

۱. برای دیدن بحث تفصیلی در بارهٔ عقد وقف و آثار آن، رک. ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۳، ص ۶۷ به بعد.

وقف، نه مالک سابق حق دارد آن را به دیگری منتقل کند، و نه موقوف علیهم می‌توانند عین موقوفه را بفروشند. تنها در مواردی که موقوفه در معرض خرابی باشد و آباد کردن آن ممکن نگردد، یا بیم خونریزی بین موقوف علیهم برود، قانون فروش آن را به طور استثنایی مجاز شمرده است (مواد ۸۸ و ۸۹ و ۳۴۹ ق.م.).

منظور از تسبیل منافع این است که، مالک از استفادهٔ خصوصی مال چشم بپوشد و منافع آن را به امور اجتماعی و مصرف در راه خیر اختصاص دهد. به همین جهت، مالک نمی‌تواند مالی را وقف بر خود کند، یا پرداخت دیون وسایر هزینه‌های خود را از منافع موقوفه قرار دهد (مادهٔ ۷۲ ق.م.).

وقف به وسیلهٔ یک یا چند متولی اداره می‌شود. وقف را به اعتبار موقف‌علیهم به وقف عام و خاص تقسیم کرده‌اند: در وقف خاص یک یا چند نفر خاص از منافع موقوفه استفاده می‌کنند: مانند وقف بر اولاد، خدمه و اقوام. ولی در وقف عام، یا منافع در جهات خیر و عام‌المنفعة صرف می‌شود (وقف بر مسجد و راه و پل و مدرسه) یا موقوف علیهم محصور نیستند (مانند دانشجویان و فقرا و ورزشکاران). در این گونه موقوفه‌ها در واقع حق انتفاع برای جامعه است و واقف به سلیقهٔ خود مصرف آن را معین کرده است. به‌همین جهت، قبول و قبض عین موقوفه با نمایندهٔ جامعه یعنی حاکم است (مادهٔ ۵۶ قانون مدنی) و در اجرای وقف نیز، ادارهٔ اوقاف نظارت کامل دارد.

در سایر اقسام حق انتفاع خواهیم دید، که مالک باید مخارجی را که برای نگاهداری عین لازم است بپردازد. ولی در وقف، عین موقوفه از ملک واقف خارج می‌شود، و هزینه‌های حفظ آن نیز باید از منافع وقف داده شود.

در آخرین تحول قانونگذاری، سرانجام شخصیت حقوقی وقف شناخته شد: نهادی اخلاقی ـ اقتصادی که دارایی و نام و اقامتگاه خاص دارد واداره آن با متولی است[1]

۲۲۳. مالک عین موقوفه:

از آنچه در تعریف وقف گفته شد چنین برمی‌آید که، در اثر عقد وقف حق انتفاع از عین موقوفه به اشخاص معین یا جامعه واگذار می‌شود، ولی باید دید مالک عین کیست؟

---

۱. رک. همان کتاب، ش ۷۳.

آیا با وضعی که عقد وقف دارد، باید مالک عین را واقف یا موقوف علیهم دانست، یا باید قبول کرد که عین موقوفه دارای مالک خاص نیست؟

واقف را نباید مالک عین موقوفه دانست، زیرا در اثر وقف رابطهٔ او با عین قطع می‌شود؛ چنانکه مادهٔ ۱۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد که: «*وقف بعد از وقوع بنحو صحت و حصول قبض لازم است و واقف نمی‌تواند از آن رجوع کند یا کسی را داخل در موقوف علیهم نماید، یا با آنها شریک کند، یا اگر در ضمن عقد متولی معین نکرده بعد از آن متولی قرار دهد، یا خود به عنوان تولیت دخالت کند*». بیشتر نویسندگان نیز در اینکه اثر وقف انتزاع ملکیت واقف است، اتفاق نظر دارند.

ولی در بارهٔ مالکیت موقوف علیهم اختلاف زیاد است، و نویسندگان را از این لحاظ می‌توان به سه گروه تقسیم کرد:

۱. گروهی عقیده دارند که در اثر عقد وقف، مال موضوع آن به موقوف علیهم تملیک می‌شود و پس از وقوع عقد، مالک واقعی عین موقوفه کسانی هستند که بنا بر ارادهٔ واقف حق استفاده از آن را دارند. منتها این مالکیت، بنا به مقتضای عقد وقف، محدود است: یعنی موقوف‌علیهم فقط حق دارند از منافع مال خود با شرایط معینی استفاده کنند.[۱]

۲. عده‌ای وقف را، مانند ابراء، از مصادیق فکّ ملک دانسته‌اند. از این بیان می‌توان نتیجه گرفت که در اثر عقد وقف عین موقوفه به‌کسی تملیک نمی‌شود، و چون از ملک واقف نیز خارج شده، دارای مالک خاص نیست.[۲]

۳. بعض دیگر وقف عام را از مصادیق فکّ ملک، و نتیجهٔ وقف خاص را تملیک به موقوف‌علیهم دانسته‌اند[۳]

صرفنظر از این گفتگوها، با تعبیری که از ماهیت وقف عام شد، در این حالت به‌طور مسلم عین موقوفه مالک خاص ندارد. زیرا، بر فرض که وقف در زمرهٔ سایر عقود و اسباب تملک باشد و پذیرفته شود که در نتیجهٔ آن موقوف علیهم مالک موضوع وقف خواهند شد، چون در وقف

---

۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، جلد متاجر، ص ۵۸۹ - دکتر سید حسن امامی، ج ۱، ص ۹۴ - میرزا قمی، جامع‌الشتات، ص ۳۶۳.

۲. سید محمد کاظم طباطبایی، ملحقات عروة الوثقی، ص ۱۹۶ و ۱۱۲ - دکتر سید علی شایگان، حقوق مدنی، ص ۱۵۴ ش ۲۷۷.

۳. سید محمد مجاهد، مناهل، باب وقف بر نفس - شهید ثانی، شرح لمعه، در ایرادات بر تعریف وصیت.

عام عین موقوفه به جامعه تملیک می‌شود و او مکلف است که منافع مال را در جهتی که واقف معین کرده به مصرف برساند، در هر حال مال وقف از اموال عمومی است، و هیچ کس نمی‌تواند ادعا کند که مالک خاص آن است.

در وقف خاص نیز، با ترتیبی که قانون مدنی در تنظیم مواد پیش گرفته است، مالکیت موقوف‌علیهم را نمی‌توان به آسانی قبول کرد: مادهٔ ۴۰ قانون مدنی در تعریف حق انتفاع می‌گوید: «*حق انتفاع عبارت از حقی است که به موجب آن شخص می‌تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد استفاده کند*». عقد وقف نیز یکی از اسباب برقراری حق انتفاع است. پس، باید پذیرفت که آنچه در اثر وقف مورد انتقال قرار می‌گیرد، حق انتفاع از عین موقوفه است، جز اینکه برای تأمین بقای عین مال، مالک آن را حبس می‌کند. پس، اگر واقف را نیز نتوان مالک این عین دانست، به ناچار باید گفت که عین موقوفه مالک خاص ندارد، و موقوف علیهم حق انتفاع از این مال را دارا هستند.

بیشتر اشکال ناشی از نامأنوس بودن مفهوم شخصیت حقوقی و معنوی در فقه است. در حقوق فرانسه، شخصیت حقوقی را ویژهٔ جمعیتی از افراد انسان می‌دانند، و برای اموالی که به مصارف معینی اختصاص دارد شخصیت قائل نیستند.[1] ولی در حقوق ما قبول شخصیت برای اموال امکان دارد، و قانون مدنی با تجویز وصیت و وقف بر این اموال (مانند مسجد و پل و مدرسه و بیمارستان) به‌طور ضمنی آن را پذیرفته است. مادهٔ ۸ قانون مدنی آلمان نیز وجود شخصیت حقوقی را برای اموال قبول کرده است.

با تحلیلی که در باب ساختمان حقوقی وقف شد، چارهٔ منحصر در این است که، برای مال وقف، نظیر مسجد، شخصیت خاص حقوقی قائل شویم، و متولی را مأمور ادارهٔ این شخصیت بدانیم. زیرا، اگر مالکیت واقف و موقوف علیهم پذیرفته نشود، گزیری از قبول این شخصیت حقوقی نیست، یعنی باید وقف سازمان خاصی تلقی شود که عین موقوفه از ارکان آنست.

مادهٔ ۳ قانون اوقاف مصوب ۱۳۵۴ ابتداء شخصیت حقوقی وقف عام را شناخت و بعد از آن قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳ به این بحث خاتمه داد و در مادهٔ ۳ اعلام کرد: «**هر موقوفه دارای شخصیت حقوق است و متولی یا سازمان**

---

۱. کولن و کاپیتان ولاموراندیر، ج ۱، ش ۵۷۵.

حسب مورد نمایندهٔ آن می‌باشد».[1]

گفتار دوم: برقراری حق انتفاع

۲۲۴. ایجاد حق انتفاع در اثر عقد ممکن است:

حق انتفاع در اثر قرارداد بین مالک و صاحب حق برقرار می‌شود. این قرارداد، جز در مورد وقف که تابع شرایط خاصی است، در قانون مدنی عنوان مخصوص نداردو شرایط درستی آن را، با توجه به مادهٔ ۱۰ قانونی مدنی و قواعد عمومی معاملات، باید تعیین کرد. پس، مالک و صاحب حق باید با ارادهٔ سالم و از روی رضا و رغبت در ایجاد حق تراضی کنند، بالغ و عاقل و رشد باشند، و مال موضوع حق را تعیین کنند، و اگر جهت برقراری حق را اعلام کرده باشند، این جهت باید مشروع باشد (مادهٔ ۱۹۰ ق.م.).

حق انتفاع را از دو راه می‌توان ایجاد کرد:

۱. مالک به طور مستقیم حق انتفاع از ملک خود را به دیگری واگذار می‌کند: واگذاری حق انتفاع در غالب موارد رایگان است، و به همین جهت پاره‌ای از نویسندگان نیز قرارداد حق انتفاع را از عقود بی‌عوض دانسته‌اند. ولی، در حق انتفاع به معنای خاص، هیچ متنی وجود ندارد که مجانی بودن قرارداد را از شرایط صحت آن بداند. پس، منعی نیست که حق انتفاع در برابر عوض نیز به دیگری واگذار شود.

با وجود این، عقد وقف مجانی است، و به ویژه برای کمک به امور خیر و دستگیری از مستمندان است: شرط عوض نیز در آن امکان ندارد و عقد را باطل می‌کند.

۲. گاه حق انتفاع به طور غیرمستقیم در اثر قرارداد ایجاد می‌شود: بدین ترتیب که، هنگام انتقال عین، انتفاع از آن برای مالک محفوظ می‌ماند. برای مثال، پدر خانواده اموال خود را به نزدیکان خود می‌بخشد و حق انتفاع از آن را تا مدتی که زنده است برای خود نگاه می‌دارد. برقراری حق انتفاع به وسیلهٔ وصیت نیز ممکن است، و موصی می‌تواند عین مال را برای وارثان باقی گذارد و حق انتفاع از آن را به دیگری منتقل کند، یا عین را به

---

۱. دربارهٔ تاریخ شخصیت حقوقی وقف، رک. ناصر کاتوزیان: «پرورش فکر شخصیت حقوقی وقف در فقه اسلام» عقود معین، ج ۳، قرائت و تمرین (۳)، ص ۱۴۴ به بعد.

موصی‌له تملیک کند، و انتفاع از آن را تا مدتی مخصوص به وارثان سازد.

۲۲۵. شرایط مال موضوع حق:

قرارداد حق انتفاع سبب می‌شود، که حق استفادهٔ انحصاری از مال به شخصی غیر از مالک آن تعلق پیدا کند. پس، موضوع عقد باید مالی باشد که در برابر استفادهٔ صاحب حق باقی بماند: چنان‌که مادهٔ ۴۶ قانون مدنی در این باره می‌گوید: «**حق انتفاع ممکن است فقط نسبت به مالی برقرار شود که استفادهٔ از آن با بقاء عین ممکن باشد، اعم از اینکه مال مزبور منقول باشد یا غیرمنقول و مشاع باشد یا مفروز**». و مادهٔ ۵۸ نیز در مبحث وقف برای تأیید همین اصل مضمون مادهٔ ۴۶ را تکرار کرده است.

موضوع حق انتفاع ممکن است مال معین یا مجموع دارایی مالک یا بخشی از آن باشد. برای مثال، همان‌گونه که شخص می‌تواند حق انتفاع از خانهٔ معین خود را به دیگری واگذار کند، ممکن است حق انتفاع از مجموع‌دارایی یا اموال غیرمنقول را برای او برقرار کند.

۲۲۶. اثر قبض:

برای برقرارکردن حق انتفاع توافق دو طرف عقد کافی نیست؛ موضوع حق نیز باید به قبض منتفع داده شود: یعنی در استیلاء و اقتدار او قرار گیرد. تا زمانی که عین مال به تصرف منتفع داده نشده است، تراضی ایشان هیچ حقی ایجاد نمی‌کند و اگر یکی از آنان در این فاصله بمیرد، عقد باطل می‌شود (مستفاد از مادهٔ ۸۰۲ قانون مدنی). بدین ترتیب، باید پذیرفت عقد منشأ حق انتفاع از «عقود عینی» است.

مادهٔ ۴۷ قانون مدنی در بیان اثر قبض اعلام می‌کند: «**در حبس، اعم از عمری و غیره، قبض شرط صحت است**» و مادهٔ ۵۹ در مبحث وقف تکرار می‌کند که: «**اگر واقف عین موقوفه را به تصرف وقف ندهد وقف محقق نمی‌شود، و هر وقت به قبض داد وقف تحقق پیدا می‌کند**».

پس، مال موضوع حق باید قابلیت قبض را برای منتفع داشته باشد. زیرا، اگر مالی به خودی خود یا در اثر موانع خارجی نتواند در استیلای منتفع قرار گیرد، شرایط تحقق عقد هیچ‌گاه جمع نمی‌شود و تراضی دو طرف اثری به جای نمی‌گذارد.

مادهٔ ۶۷ قانون مدنی در تأیید همین اصل در مبحث وقف مقرر می‌دارد: «*مالی که قبض و اقباض آن ممکن نیست وقف آن باطل است، لیکن اگر واقف تنها قادر بر اخذ و اقباض آن نباشد و موقوف علیه قادر بر اخذ آن باشد، صحیح است*». مثلاً اگر مالی در دست غاصب با نفوذی باشد و مالک نتواند آن را در اختیار منتفع گذارد، ولی شخص منتفع، به سبب قدرت زیادتر یا روابط خاصی که با غاصب دارد، قادر به خلع ید او و تأمین استیلاء خود بر آن مال باشد، برقراری حق انتفاع و وقف آن درست است.

۲۲۷. برقراری حق انتفاع برای معدوم به تبع موجود:

حق قائم به معدوم نمی‌شود. حق انتفاع را نیز در بارهٔ شخص یا اشخاصی می‌توان برقرار کرد، که هنگام ایجاد آن وجود داشته باشند (مادهٔ ۴۵ ق.م.). ولی، باید دانست که حمل پیش از تولد نیز موجود است، و اگر زنده متولد شود، حق انتفاعی راکه به سود او ایجاد شده است، تملک می‌کند (مستفاد از مادهٔ ۸۵۱ ق.م.).

از این قاعده نباید نتیجه گرفت که، حق انتفاع به هیچ صورت، به سود غیرموجود برقرار نمی‌شود. صاحب حق انتفاع، نه مالک عین مال است و نه مالک منافع آن؛ امتیازی دارد که به موجب آن می‌تواند از منافع عین استفاده کند. پس، این امتیاز را می‌توان به نفع موجود ایجاد کرد، و مقرر داشت که پس از او شخص دیگری قائم‌مقام موجود شود. در این حالت، کافی است که شخص دوم هنگام رسیدن حق به او موجود باشد، هرچند که در زمان عقد نیز هنوز به وجود نیامده باشد. زیرا در این زمان حق به سود موجود برقرار شده و زمانی معدوم به قائم‌مقامی او آن را به دست می‌آورد که موجود شده است. در حقیقت به‌وجود آمدن معدوم شرط ایجاد حق است، و او هیچ‌گاه درحال عدم مالک حقی نمی‌شود.

فرض کنیم حق سکنای خانه‌ای برای مدت پنجاه سال به نفع شخصی برقرار شود و در قرارداد سکنی دو طرف شرط کنند که، اگر در خلال مدت منتفع بمیرد، فرزندان او به قائم‌مقامی پدر حق سکنی داشته باشند. در این مورد، اگر هنگام وقوع قرارداد نیز منتفع دارای فرزندی نباشد، ایجاد حق سکنی درست است. زیرا، در زمانی که مالک و او در بارهٔ برقراری حق تراضی می‌کنند، صاحب حق وجود دارد و این امتیاز در صورتی به فرزندان او منتقل می‌شود که هنگام مرگ فرزندی داشته باشد.

به همین دلایل، مادهٔ ۴۵ قانون مدنی، پس از اعلام اینکه منتفع باید موجود باشد، افزوده است: «... **ولی ممکن است حق انتفاع تبعاً برای کسانی هم که در حین عقد به‌وجود نیامده‌اند برقرار شود. مادامی که صاحبان حق انتفاع موجود هستند حق مزبور باقی و بعد از انقراض آنها حق زائل می‌گردد**».

گفتار سوم: حقوق و تکالیف منتفع

۲۲۸. حاکمیت عرف:

حق انتفاع در اثر قرارداد ایجاد می‌شود. پس، منتفع باید شرایط عقد را در مدتی که از منافع عین سود می‌برد رعایت کند. قانون مدنی نیز پاره‌ای از تکالیف منتفع را بیان کرده است و، به عنوان مثال، او را از تعدی و تفریط در حفاظت مال موضوع حق منع می‌کند. ولی، نه قانون می‌تواند تکلیف صریحی برای تمام جزئیات روابط مالک و منتفع تعیین کند، و نه دو طرف توان پیش‌بینی تمام راه‌حلها را دارند. عملی‌ترین راه این است که، برای تشخیص حدود حق منتفع، به عرف و عادت رجوع شود.

وانگهی، تشخیص تعدی و تفریط منتفع نیز همیشه ساده نیست و، جز با یاری خواستن از عرف، نمی‌توان عادلانه داوری کرد. این است که مادهٔ ۵۴ قانون مدنی، در پایان مبحث حق انتفاع و پس از بیان حقوق و تکالیف مالک و منتفع، مقرر داشته است: «**سایر کیفیات انتفاع از مال دیگری بنحوی خواهد بود که مالک قرار داده و عرف و عادت اقتضاء بنماید**».

معمول است که در حق انتفاع صاحب حق از محصول و ثمرهٔ عین استفاده می‌کند، و به گونه‌ای متعارف آن را مورد استعمال قرار می‌دهد. ولی، در سکنی، تنها حق استعمال به منتفع واگذار می‌شود، و ثمره یا محصولی که از عین به دست می‌آید به مالک تعلق دارد.

۲۲۹. سوءاستفاده نکردن از مال موضوع حق:

به‌موجب مادهٔ ۴۸ قانون مدنی، منتفع باید از مالی که موضوع حق انتفاع است سوءاستفاده نکند: یعنی آن را چنان به کار برد که خارج از حد متعارف نباشد. برای مثال،

اگر حق انتفاع از اتومبیل سواری باشد، منتفع نمی‌تواند آن را به بارکشی ببرد، یا مسافرتهای دور در جاده‌های ناهموار کند. همچنین، اگر حق انتفاع سکونت در خانه‌ای باشد، منتفع تنها می‌تواند با خانواده و خدمتگزارانش در آن اقامت کند، و در حدود عرف از اقوام و دوستان خود به عنوان میهمان پذیرایی کند. ولی، حق ندارد مقدار زیادی حیوانات اهلی و وحشی در آن نگاه دارد یا هر اتاق خانه را به خانواری واگذار کند.

منتفع نمی‌تواند مصرفی را که مالک برای مال موضوع حق در نظر گرفته است تغییر دهد و، به منظور بهره‌برداری بیشتر، وضع عادی آن را دگرگون سازد: اگر حق انتفاع از باغی واگذار شده باشد، منتفع حق ندارد درختان باغ را ببرد، و آن را به زمین زراعتی مبدل کند، ولی می‌تواند به تناسب وضع محل نهالهای تازه در آن بنشاند، و در حدود عرفِ باغبانی درختان زاید را ببرد.

۲۳۰. حفاظت از عین:

منتفع باید مانند مالکی دلسوز در نگاهداری عین مال کوشش کند و از اعمالی که به آن زیان می‌رساند بپرهیزد. مادهٔ ۴۸ قانون مدنی، تکالیف منتفع را بدین گونه خلاصه کرده است: «منتفع باید در حفاظت مال تعدی یا تفریط ننماید».

تعدی در اصطلاح حقوقی: «تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف است نسبت به مال یا حق دیگری» و تفریط: «عبارت از ترک عملی است که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است». پس، اگر در قرارداد انتفاع ترتیب خاصی برای مواظبت از عین مال پیش‌بینی شده باشد، منتفع باید در مرحلهٔ نخست شرایط آن پیمان را محترم شمارد: اقدام لازم را انجام دهد و از کاری که ممنوع شده است خودداری کند و، اگر شرایط خاصی در این مورد نباشد، در حدود عرف عین مال را نگاهدارد.

برای مثال، اگر حق انتفاع از جواهر گرانبهایی باشد و مالک شرط کند که، منتفع باید آن را در صندوق آهنی نسوز نهد یا در خارج شهر از آن استفاده نکند، باید از این دستورها پیروی کند. ولی، اگر هیچ قیدی هم در این باره نشود، منتفع در استفادهٔ خود آزاد نیست و باید، چنان که به حکم عرف از جواهری قیمتی حفاظت می‌شود، از آن نگاهداری کند؛ یا اگر مال موضوعِ حق باغ میوه باشد، منتفع نباید در آبیاری باغ کوتاهی کند.

نتیجهٔ سوءاستفاده از مال و تعدی و تفریط منتفع جبران خسارت مالک است (مادهٔ ۵۲

ق.م.). به اضافه، هرچند که منتفع در تصرفات خود امین محسوب است و اگر مال موضوع حق بدون تقصیر او تلف شود مسؤول نیست (مادهٔ ۵۰ ق.م.)، هرگاه مرتکب تعدّی و تفریط شود، در صورت تلف مال ضامن است، اگرچه تلف مستند به تقصیر او نباشد.

قانون مدنی در حق انتفاع حکم خاصی ندارد. ولی، از ملاک مادهٔ ۴۹۳ قانون مدنی این حکم استفاده می‌شود. مادهٔ ۴۹۳ می‌گوید: «*مستأجر نسبت به عین مستأجره ضامن نیست، به این معنی که اگر عین مستأجره بدون تفریط یا تعدی او کلاً یا بعضاً تلف شود مسؤول نخواهد بود. ولی اگر مستأجر تفریط یا تعدی نماید ضامن است، اگرچه نقص در نتیجهٔ تعدی یا تفریط حاصل شده باشد*».

۲۳۱. پرداخت مخارج لازم برای انتفاع:

هزینه‌هایی که برای انتفاع از عین ضرورت دارد، و همچنین مخارجی که منتفع برای تسهیل بهره‌برداری یا زیاد کردن منافع آن لازم می‌شمرد، به عهدهٔ او است. ولی هزینهٔ کارهایی راکه برای نگاهداری اصل مال لازم است، مالک عین باید بپردازد. این قاعدهٔ که از مادهٔ ۴۹ ق.م. برمی‌آید، مبتنی بر این اصل عادلانه است که، هر کس از منافع مالی بهره می‌برد، زیانهای ناشی از آن را تحمل می‌کند (من له الغُنم فعلیه الغُرم).

پس، اگر موضوع حق انتفاع خانه‌ای باشد، سفیدکاری و رنگ‌آمیزی اتاقها و نظافت آن با منتفع است. زیرا این مخارج با آنکه در نگاهداری عین نیز مؤثر است، برای کامل شدن انتفاع انجام می‌شود. ولی، هزینهٔ تعمیر سقف اتاقها و جلوگیری از ریزش دیوارها با مالک است. با وجود این، دو طرف می‌توانند، بر خلاف این ترتیب و به هر صورت که می‌خواهند، در این باب تراضی کنند (بخش اخیر مادهٔ ۴۹ ق.م.).

۲۳۲. واگذاری حق انتفاع:

حق انتفاع مالی است که از طرف مالک برای منتفع برقرار می‌شود و به همین جهت اصولاً قابل انتقال است: یعنی، اگر حق انتقال به غیر از منتفع سلب نشده باشد، یا از اوضاع و احوال بر نیاید که مقصود مالک انتفاع شخص او است، منتفع می‌تواند امتیازی راکه به‌دست آورده است به دیگری واگذار کند.

برای تشخیص امتیاز منتفع باید، با ملاحظهٔ قرائن کار، قصد مشترک دو طرف احراز

شود؛ چنان‌که در مورد سکنی، باید از وضع آنها تشخیص داد، که مقصود مباشرت صاحب حق در استفاده از عین مال بوده، یا غرض این بوده است که بدین وسیله راهی برای تأمین معاش منتفع ایجاد شود.

انتقال حق انتفاع را با اجارهٔ عین (تملیک منافع) نباید اشتباه کرد. منتفع مالک منافع نیست تا بتواند آن را اجاره دهد، هرچند که در زبان عرف به این انتقال حق گاه اجاره نیز گفته می‌شود.

گفتار چهارم: حقوق و تکالیف مالک

۲۳۳. وضع مالک در برابر منتفع:

با ایجاد حق انتفاع، نسبت به مال موضوع آن دو حق ممتاز به‌وجود می‌آید: هر یک از مالک و منتفع می‌تواند، در حدود امتیازی که قانون به او داده است، در مال موضوع حق تصرف کند.

رابطهٔ این دو مانند مالکان مشاع در مال مشترک نیست و هر یک از آنان می‌تواند، تاجایی که به حقوق دیگری لطمه نمی‌زند، در حق خود به استقلال تصرف کند. مثلاً مالک می‌تواند ملک خود را بفروشد و، با رعایت حق منتفع و پس از دوران مدت انتفاع، آن را به دیگری اجاره دهد، یا در آن ساختمان جدیدی بسازد.

ولی در وقف، رابطهٔ مالک با عین موقوفه قطع می‌شود، و واقف حق هیچ گونه تصرفی در آن ندارد.مخارج لازم برای بقای عین نیز باید از منافع ملک تأمین شود، و واقف تکلیفی ندارد که آن را به هزینهٔ خود برای انتفاع آماده نگاهدارد. در حبس دائم نیز با قیاس با وقف می‌توان گفت، هزینهٔ حفظ مال باید از منافع آن پرداخته شود.

۲۳۴. اثر انتقال مال موضوع حق:

ممکن است چنین تصور شود، که اگر مالک عین مال را به دیگری منتقل سازد، چون مالک جدید هیچ رابطه‌ای با منتفع ندارد و موظف نیست که مال خود را به منظور استفاده از منافع آن در اختیار او گذارد، حق انتفاع نیز از بین می‌رود. ولی، برای دفع این توهم باید توجه داشت که حق انتفاع حق عینی است و در زمرهٔ دیون شخصی مالک

نمی‌آید تا با تغییر او از بین برود. انتقال عین همیشه با رعایت حق منتفع انجام می‌شود و انتقال‌گیرنده نیز قائم مقام مالک است. چنان‌که مادهٔ ۵۳ قانون مدنی در این باره می‌گوید:

«انتقال عین از طرف مالک به غیر موجب بطلان حق انتفاع نمی‌شود. ولی، اگر منتقل‌الیه جاهل باشد که حق انتقال متعلق به دیگری است، اختیار فسخ معامله را خواهد داشت».

با وجود این، اگر مالک حقوق خود را به منتفع واگذار کند، یا منتفع حق انتفاع را به مالک منتقل سازد، در اثر اختلاط دو حق، حق انتفاع زائل می‌شود (ملاک مادهٔ ۳۰۰ ق.م.).

گفتار پنجم: زوال حق انتفاع

۲۳۵. اسباب گوناگون:

اسباب زوال حق انتفاع را به سه دسته می‌توان تقسیم کرد:

۱. اسبابی که حق مالکیت با سایر حقوق عینی مشترک است؛

۲. اسبابی که با حق ارتفاق مشترک است؛

۳. اسبابی که ویژهٔ حق انتفاع است.

۲۳۶. موارد مشترک با مالکیت:

اسبابی که موجب زوال حق انتفاع و سایر حقوق عینی می‌شود عبارتست از:

۱. *تلف مال موضوع حق:* اگر مالی که موضوع حق انتفاع است، در اثر حوادث قهری یا اعمال اشخاص از بین برود، حق منتفع نیز به تبع آن زائل خواهد شد (بند ۲ مادهٔ ۵۱ قانون مدنی). ولی، اگر بخشی از عین تلف شود، حق انتفاع نسبت به آنچه باقی مانده است از بین نمی‌رود.

۲. *اعراض صاحب حق:* اگر منتفع به اختیار از حق خود بگذرد و آن را اسقاط کند، مالکیت صاحب عین کامل می‌شود و حق انتفاع از بین می‌رود (مواد ۱۷۸ و ۷۸۷ قانون مدنی). مادهٔ ۳۹ قانون توزیع عادلانهٔ آب، در فرض خاص استفادهٔ صاحب نهر و منتفع از حق مجری، از اعراض به عنوان سبب زوال حق سخن می‌گوید: در این مادهٔ آمده است:

«هر نهری که در زمین دیگری جریان داشته، در صورت ثبوت اِعراض ذیحق در محاکم قضایی،

حق مجرا از بین خواهد رفت».

انصراف از حق انتفاع ممکن است به وسیلهٔ قراردادِ منتفع و مالک، یا فقط در اثر ارادهٔ منتفع واقع شود و تابع صورت خاصی نیست.

۳. **فک ملک:** اگر مالی در اثر ملی شدن و به موجب قانون از ملکیت خصوصی اشخاص خارج شود، حق انتفاع نیز از بین می‌رود.

۴. **شرط خیار:** در صورتی که در قرارداد انتفاع حق فسخ در مورد معینی برای مالک پیش‌بینی شده باشد.

شرط خیار در وقف، به لحاظ دائمی بودن آن، امکان ندارد و خلاف مقتضای عقد است.

۲۳۷. اسباب مشترک با حق ارتفاق:

این اسباب عبارت است از:

۱. ***جمع شدن دو عنوان مالک و منتفع در یک شخص:*** اگر منتفع حق خود را به مالک منتقل کند، یا مالک موضوع حق را به منتفع واگذارد، در اثر اختلاط حقوق آنان ناچار حق انتفاع از بین می‌رود (مادهٔ ۳۰۰ قانون مدنی).

۲. ***جلوگیری از اعمال حق در ده سال:*** مطابق مادهٔ ۷۳۷ قانون آئین دادرسی مدنی: «**در کلیه، دعاوی راجعه به اموال، اعم از منقول و غیرمنقول و حقوق و دیون و منافع و محصول و اسباب تملک و ضمان و دعاوی دیگر، مدت مرور زمان ده سال است**». و به موجب بند ۲ مادهٔ ۷۴۱ همان قانون: «**راجع به حقوق ارتفاق و انتفاعی مدت مرور زمان از تاریخی شروع می‌شود که نسبت به استفاده از حق جلوگیری شده**». پس، اگر مدت ده سال از تاریخ برقراری بگذرد و مالک مانع استفادهٔ صاحب حق گردد، دیگر دعوی وجود حق انتفاع یا ارتفاق در دادگاه پذیرفته نمی‌شود. مدت مرور زمان در دعوی وقفیت ۲۰ سال است.

در اثر مرور زمان اصل حق از بین نمی‌رود، ولی چون حقی را که نتوان مطالبه کرد از نظر حقوقی اثر مهمی ندارد، این است که مرور زمان را با اندک مسامحه می‌توان در زمرهٔ اسباب زوال حق آورد.

۲۳۸. اسباب خاص زوال حق انتفاع:

این اسباب عبارت است از:

۱. در عمری، با فوت کسی که حق انتفاع به مدت عمر او برقرار شده است، حق از بین می‌رود: اگر حق انتفاع به مدت عمر مالک باشد، با مرگ او حق نیز زائل می‌گردد؛ همچنین است در حبس مطلق که با فوت مالک حق انتفاع از بین می‌رود (بخش اخیر مادهٔ ۴۴ ق.م.). این سبب در سایر اقسام حق انتفاع جاری نیست، جز اینکه در وقف با انقراض طبقات موقوف علیهم حق انتفاع منتفی می‌شود.

۲. پایان مدت حق انتفاع: (در رُقبی، که حق انتفاع برای مدت معینی ایجاد می‌شود، پس از انقضاء مدت حقوق منتفع نیز پایان می‌پذیرد (بند ۱ مادهٔ ۵۱ ق.م.).

۳. رجوع مالک در حبس مطلق: قرارداد حق انتفاع، اگر به صورت عمری نباشد و مدتی در آن نیاید (رقبی)، از جانب مالک جایز است، و او می‌تواند هرگاه بخواهد رجوع کند.

۲۳۹. نتیجهٔ زوال حق انتفاع:

پس از پایان حق انتفاع، منتفع باید عین موضوع حق را به مالک رد کند. در اثر زوال حق انتفاع مالکیت صاحب عین کامل می‌شود و از آن پس منافع مال، هرچند که آمادهٔ بهره‌برداری باشد، به او تعلق دارد و منتفع حق استفاده از آن را ندارد. به عنوان مثال، اگر حق انتفاع از باغ میوه‌ای باشد، پس از زوال حق، میوه‌های رسیده به مالک باغ تعلق می‌یابد و منتفع نمی‌تواند آنها را بچیند یا اگر ریخته باشد از پای درخت جمع‌آوری کند.

اگر عین مال پس از زوال حق از بین رفته باشد و منتفع در حفاظت آن مرتکب تعدی و تفریط شده باشد، باید به اقتضاء موارد مثل یا قیمت آن داده شود (مادهٔ ۳۱۱ ق.م.).

مبحث دوم: حق ارتفاق

گفتار نخست ـ تعریف و ماهیت حقوق ارتفاقی

۲۴۰. تعریف:

حقوق ارتفاقی دستهٔ بزرگی از حقوق عینی است، که اقسام گوناگون آن را بر حسب موضوع حق می‌توان از هم تشخیص داد. کثرت انواع حق ارتفاق موجب شده است که

قانونگذار نتواند تعریف جامع و درستی از آن بکند: چنان‌که مادهٔ ۹۳ قانون مدنی در این باره به اجمال می‌گوید: «**ارتفاق حق است برای شخصی در ملک دیگری**».

این تعریف هیچ کمکی به شناختن حق ارتفاق و ماهیت آن نمی‌کند، زیرا شامل حقوق عینی دیگر نیز می‌شود: حق انتفاع یا حقی که مرتهن در رهن غیرمنقول بر وثیقه دارد، حقی است که شخصی در ملک دیگری دارد.

یکی از ویژگیهای حق ارتفاق این است که، وجود آن قائم به ملک است و با انتقال زمین و تغییر مالک از بین نمی‌رود. پس، برای تمیز ارتفاق از سایر حقوق عینی اشارهٔ به آن ضروری است.

برای رفع این معایب می‌توان در تعریف ارتفاق گفت: «**حق است که به موجب آن صاحب ملکی، به اعتبار مالکیت خود، می‌تواند از ملک دیگری استفاده کند**».[1]

۲۴۱. مشخصات ارتفاق:

از آنچه که در بارهٔ تعریف ارتفاق گفته شد، چنین برمی‌آید که این حق اوصاف زیر را داراست:

۱. ***ارتفاق حق عینی قائم به ملک است و اختصاص به زمین دارد:*** بدین معنی که، از طرفی به سود مالک زمین خاصی برقرار می‌شود و هر کس مالک آن شود، یا حق انتفاع از آن را به‌دست بیاورد، می‌تواند از آن حق استفاده کند. و از سوی دیگر، حق مالکیت زمینی را که ارتفاق بر آن تحمیل شده است، به‌طور کلی محدود می‌سازد و تغییر صاحب آن اثری در زوال حق ندارد.

به‌طور معمول، حق ارتفاق در دو ملک مجاور و متصل به‌وجود می‌آید. ولی نباید چنین پنداشت که اتصال دو ملک از شرایط لازم آنست. زیرا، گاه ممکن است بین دو ملک فاصله زیاد باشد، و حق ارتفاق نیز بین آن دو به‌وجود آید؛ چنان‌که در پاره‌ای موارد، مجرای آب و چراگاه ملکی در زمینهای غیرمتصل به آن نیز واقع است.

---

۱. حق امتیاز مربوط به آب و برق نیز، با اینکه در زمرهٔ حقوق عینی به شمار می‌رود و حق معنوی است، از این لحاظ به ارتفاق شباهت دارد. زیرا حقی است که مالک به اعتبار ملک خود بر تأسیسات سازمانهای آب و برق و استفاده از نیروی برق و آب دارد و نمی‌تواند آن را جدای از ملک به دیگران منتقل کند و با انتقال ملک نیز خود به خود به خریدار منتقل می‌شود و از توابع عرفی بیع شده است.

۲. ***حق ارتفاق تابع و فرع مالکیت زمین است:*** ارتفاق را نمی‌توان از حق مالکیت جدا کرد و به دیگری انتقال داد. برعکس، «*هرگاه ملکی کلاً یا جزئاً به‌کسی منتقل شود و برای آن ملک حق‌الارتفاقی در ملک دیگری یا در جزء دیگری همان ملک موجود باشد، آن حق به حال خود باقی می‌ماند، مگر اینکه خلاف آن تصریح شده باشد.*» (مادهٔ ۱۰۲ ق.م.).

۳. ***حق ارتفاق دائمی است:*** این وصف نتیجهٔ تابعیت حق ارتفاق از مالکیت زمین است. گفته شده، که مالکیت در مورد عین دائمی است. پس، ارتفاق نیز که رابطهٔ کامل با آن دارد همیشگی است. با وجود این، مالک می‌تواند برای مدت محدودی برای دیگری حق ارتفاق ایجاد کند،و صاحب حق نیز اختیار دارد آن را پس از مدتی اسقاط کند.

۴. ***حق ارتفاق قابل تقسیم نیست:*** مقصود از قابل تقسیم بودن ارتفاق این است که، اگر حق به سود ملک مشاعی برقرار شده باشد، تقسیم ملک موجب تجزیهٔ حق و اختصاص یافتن آن به یکی از سهام نیست. در این حالت، هر یک از شریکان مانند سابق می‌تواند از حق خود به‌طور کامل استفاده کند. مادهٔ ۱۰۳ قانون مدنی در بیان این حکم می‌گوید: «*هرگاه شرکاء ملکی دارای حقوق و منافعی باشند، و آن ملک مابین شرکاء تقسیم شود، هرکدام از آنها به قدر حصه مالک آن حقوق و منافع خواهد بود. مثل اینکه اگر ملکی دارای حق عبور در ملک غیر بوده و آن ملک که دارای حق است بین چند نفر تقسیم شود، هر یک از آنها حق عبور از همان محلی که سابقاً حق داشته است خواهد داشت*».

به همین ترتیب، اگر ملکی که ارتفاق بر آن تحمیل شده است مشاع باشد، تقسیم آن تأثیری در طرز استفاده از حق ندارد. چنان‌که مادهٔ ۶۰۴ ق.م. در این خصوص مقرر می‌دارد: «*کسی که در ملک دیگری حق ارتفاق دارد، نمی‌تواند مانع از تقسیم آن ملک بشود، ولی بعد از تقسیم حق مزبور به حال خود باقی می‌ماند*».

۲۴۲. مقایسهٔ حق ارتفاع و انتفاع:

از تعریف و مشخصات ارتفاق، بخوبی تفاوت آن با حق انتفاع آشکار می‌شود باوجود این، چون در مواردی که حق ارتفاق برای مدت معین برقرار شده است با حق انتفاع شباهت دارد، مقایسهٔ بین این دو حق خالی از فایده نیست. حق ارتفاق و انتفاع از جهات زیر با هم تفاوت دارند:

۱. حق ارتفاق اختصاص به املاک و اراضی دارد، و حتی در اموال غیرمنقول حکمی و تبعی نیز جاری نمی‌شود، در صورتی که موضوع حق انتفاع ممکن است منقول یا

غیرمنقول باشد (مادهٔ ۴۶ ق.م.).

۲. حق انتفاع، جز در حبس مؤبد و وقف، اصولاً موقت است. ولی حق ارتفاق به حکم ذات تبعی خود دائمی است، و اگر به تراضی محدود به مدت خاصی نشود، به تبع ملک همیشه باقی خواهد ماند.

۳. حق انتفاع در دارایی شخص منتفع حقی مستقل و اصلی است، و به همین جهت مانند سایر حقوق مالی ممکن است به دیگران واگذار شود، در حالی که ارتفاق حق عینی تبعی و از فروع حق مالکیت است و جدای از ملک قابل انتقال نیست.

۴. حق انتفاع برای استفادهٔ شخص منتفع برقرار می‌شود، و حق ارتفاق به منظور کمال استفاده از ملک به‌وجود می‌آید و قائم به آن است: هر کس مالک زمین صاحب ارتفاق شود، به تابعیت از حق مالکیت خود، می‌تواند از آن استفاده کند؛ و برعکس زمینی که ارتفاق بر آن تحمیل شده است، در دست هر که باشد، وضع سابق خود را از دست نمی‌دهد.

گفتار دوم ـ اقسام حق ارتفاق

۲۴۳. مبانی تقسیم:

حقوق ارتفاقی را از دو جهت می‌توان تقسیم کرد:

الف. به اعتبار منشأ حق: به این اعتبار سه دسته ارتفاق وجود دارد: ۱) ناشی از قانون؛ ۲) حقوق ناشی از قرارداد؛ ۳) ارتفاق ناشی از وضع طبیعی املاک.

ب. از نظر چگونگی و طرز اجرای حق: به این اعتبار نیز حقوق ارتفاقی را به دسته‌های گوناگون تقسیم کرده‌اند: ۱) حق ارتفاق مثبت و منفی؛ ۲) حق ارتفاق مداوم و متناسب؛ ۳) حق ارتفاق نمایان و پنهان.

الف. تقسیم به اعتبار سبب حق

۲۴۴. ارتفاق قانونی و قراردادی:

حق ارتفاق، مانند سایر حقوق عینی، معمولاً در اثر قرارداد به‌وجود می‌آید: بدین

ترتیب که، مالکِ مالی به رضای خود سهمی از حقوق مالکیت را به دیگری واگذار می‌کند.

ولی گاه قانون نیز به منظور حفظ نظم و تأمین بهره‌برداری از املاک، اموری را بر آنها تحمیل می‌کند که از هر حیث با حقوق ارتفاقی شباهت دارد[۱] این گونه محدودیتها، هرچند که از قواعد عمومی مالکیت است، از نظر ماهیت نوعی حق ارتفاق است؛ چنان‌که قانون مدنی نیز احکام املاک مجاور و حق ارتفاق را ضمن یک فصل مطرح ساخته است. به این ترتیب، حق حریم در املاک نیز نوعی حق ارتفاق است. ولی، به لحاظ اهمیت خاصی که دارد، مقررات آن را جداگانه مطالعه می‌کنیم.

۲۴۵. ارتفاق طبیعی:

پاره‌ای از حقوق ارتفاقی، که قانون بر املاک مجاور تحمیل کرده، ناشی از وضع طبیعی آنهاست: زمینی که در پایین قرار گرفته، به حکم وضع طبیعی خود، مجرای فاضل‌آب و آب باران زمین بالاتر است و عدالت و ذوق سلیم حکم می‌کند که قانون نیز این وضع را محترم شمارد. چنان‌که مادهٔ ۹۵ قانون مدنی در این باره می‌گوید: «*هرگاه زمین یا خانهٔ کسی مجرای فاضل آب یا باران خانهٔ دیگری بوده است، صاحب آن خانه یا زمین نمی‌تواند جلوگیری از آن کند، مگر در صورتی که عدم استحقاق او معلوم شود*».

مادهٔ ۹۵ در بارهٔ منشأ طبیعی حق ارتفاق صراحت ندارد. ولی، از موقعیت آن در بین سایر مواد این معنی استنباط می‌شود: اگر مقصود قانون تنها اعتبار اماره تصرف در حقوق ارتفاقی بود، ضرورت نداشت که مادهٔ ۹۷ نیز همان را تکرار کند. وانگهی، چون هیچ کس حق ندارد ناودان خود را به طرف ملک دیگری بگذارد یا آب باران بام خود را به ملک همسایه جاری کند (مادهٔ ۹۹ ق.م.)، می‌توان گفت، مقصود از بخش اخیر مادهٔ ۹۵، بیان عدم استحقاق کسی است که به‌طور مصنوعی آب باران زمین خود را به طرف ملک دیگری جریان می‌دهد.

به هرحال، در مادهٔ ۶۴ قانون مدنی فرانسه حق ارتفاق طبیعی پیش‌بینی شده است، و

---

۱. برای دیدن مثالی در بارهٔ حق ارتفاق قانونی، رک. بند ۸ مادهٔ ۲۹ قانون برنامهٔ عمرانی سوم کشور، مصوب ۳۰ خرداد ۴۶، در مورد زمینی که در مسیر راه و خطوط مواصلاتی و برق و مجاری آب و لوله‌های گاز و نفت قرار می‌گیرد.

بعضی از نویسندگان ما نیز مادهٔ ۹۵ را به همین صورت ناظر بـه وضـع طـبیعی امـلاک دانسته‌اند[۱].

ب. تقسیم به اعتبار اجرای حق

۲۴۶. حق ارتفاق مثبت و منفی:

حق ارتفاق در صورتی مثبت است که صاحب آن اجازهٔ اسـتفادهٔ مسـتقیم از مـلک دیگری را داشته باشد. به عنوان نمونه، حق عبور ارتفاق مثبت است که به مـوجب آن مالک زمینی می‌تواند از ملک دیگری عبور کند. مثالهایی که برای حق ارتفاق در قانون مدنی وجود دارد: از جمله حق داشتن در و شبکه، حق مجری و حق شرب و حق ناودان، همه از این گونه است.

در حق ارتفاق منفی،صاحب آن از محدودیتی که برای مالک زمین موضوع حق ایجاد می‌شود، استفاده می‌کند و نتیجهٔ عملی اجرای آن منع مالک از پاره‌ای تـصرفها است؛ چنان‌که، اگر مالکی، برای تأمین نور و هوای کامل زمین همسایه، نتواند در ملک خـود ساختمان کند، حق ارتفاقی که بر این مسلک تحمیل شده منفی است. محدودیتهایی هم که قانون مدنی برای مالکان مجاور ایجاد کرده است، نوعی حق ارتفاق منفی است، که همسایگان در برابر هم دارند[۲].

بهترین نمونهٔ ارتفاق منفی، حق حریم املاک و قنوات است. کـه مـالک زمـین را از تصرفاتی که موجب تضرر صاحب حریم می‌شود منع می‌کند.

۲۴۷. حق ارتفاق مداوم و متناوب:

ارتفاق مداوم با حفظ وضع املاک در برابر هم اجـرا مـی‌شود و نـیازی نـیست کـه صاحب حق برای هر بار استفاده عملی را در خارج انجام دهد. ولی، در ارتفاق متناوب، صاحب حق برای استفاده از آن باید مرتکب فعلی شود. به همین جهت هم اجرای چنین

---

۱. مرحوم مصطفی عدل، ص ۶۸ ـ مرحوم محمد بروجردی عبده، ص ۴۷ و ۴۸.
۲. پلنیول و ریپر و پیکار، ج ۳، ش ۸۹۵.

حقی ناگزیر متناوب است: برای مثال، حق داشتن در و شبکه و ناودان یک ارتفاق مداوم است، زیرا با بقای پنجره و در و ناودان به‌طور مستمر اجراء می‌شود و نیازی به‌کار اضافی صاحب حق ندارد. ولی، حق عبور تنها به طور متناوب اعمال می‌شود و برای اجرای آن لازم است که صاحب حق از ملکی که ارتفاق بر آن تحمیل شده است عبور کند.

۲۴۸. حق ارتفاق نمایان و پنهان:

حق ارتفاق در صورتی نمایان است که اجرای آن در اثر اعمال خارجی قابل رؤیت انجام شود: مانند حق داشتن در و پنجره.

حق ارتفاق پنهان حقی است که اجرای آن محسوس نیست، و با اعمال خارجی آشکارا صورت نمی‌گیرد: مانند ارتفاق مربوط به ساختمان نکردن در محلی.

نمایان یا پنهانی بودن اجرای ارتفاق ناشی از طبیعت و ذات حق نیست، و حسب موارد، ممکن است اجرای حقی ظاهر یا پنهان باشد؛ چنان‌که عبور از محل محصور یا خانهٔ مسکونی نمایان است، ولی اجرای همین حق در مورد زمین بایر محسوس نیست.

جدا کردن حقوق ارتفاقی نمایان و پنهان، در مورد تشخیص تحقق مرور زمان و اثبات اجراء نشدن حق مفید است. زیرا، در ارتفاق نمایان، مدعی مرور زمان کافی است ثابت کند که مدت ده سال است که از اجرای حق جلوگیری شده، ولی در قسم دوم باید ثابت شود که همسایه کار ممنوع را در ملک خود انجام داده و مورد اعتراض قرار نگرفته است.[۱]

گفتار سوم ـ شرایط برقراری حق

۲۴۹. آزادی دو طرف قرارداد:

به طور معمول، حق ارتفاق نیز مانند حق انتفاع در اثر قرارداد ایجاد می‌شود. جز در مواردی که به حکم قانون ارتفاقی به سود صاحب ملکی ایجاد شده است، هیچ کس حق ندارد بدون اذن مالک از ملک او استفاده کند. به عنوان مثال، ناودان خود را به طرف

---

۱. کولن و کاپیتان و لاموراندیر، ج ۲، ش ۳۳۲،ص ۱۸۵.

ملک دیگری بگذارد. یا آب باران از بام خود به بام یا ملک همسایه جاری کند یا برف بریزد. یا از ملک غیر آب به ملک خود ببرد (مواد ۹۹ و ۱۵۴ ق.م.).

برای انعقاد قرارداد ارتفاق، هیچ شرط خاصی در قانون مدنی پیش‌بینی نشده است. بنابراین، صاحبان املاک می‌توانند، آزادانه و به هر ترتیب که مایل باشند، به نفع صاحب ملکی در مقابل مالک دیگر ایجاد حق ارتفاق کنند. برقراری ارتفاق ممکن است رایگان یا در برابر عوض انجام شود. ولی، در هر حال قرارداد باید شرایط اساسی مندرج در مادهٔ ۱۹۰ قانون مدنی را دارا باشد.

مادهٔ ۹۴ ق.م. در این باره می‌گوید: «صاحبان املاک می‌توانند در ملک خود هر حق را که بخواهند نسبت به دیگری قرار دهند. در این صورت کیفیت استحقاق تابع قرارداد و عقدی است که مطابق آن حق داده شده است.»

۲۵۰. اثر اذن محض مالک؛ اباحه:

گاه بدون اینکه قراردادی بسته شود، مالک به دیگری اذن می‌دهد که از ملک او استفاده کند. در این گونه موارد، هیچ حقی به سود مأذون ایجاد نمی‌شود و مالک نیز ملزم نیست که وسائل استفادهٔ او را فراهم کند و بر اذن خود باقی بماند. اگر منظور دو طرف برقراری حق ارتفاق باشد، و این دو اراده به خاطر ایجاد حق با هم موافق شود، نتیجهٔ قرارداد ایجاد حق است و مالک نمی‌تواند از عهد خود عدول کند. ولی، اگر مقصود مالک ایجاد تکلیف برای خود نباشد، اثر اذن او فقط مباح ساختن تصرف مأذون است و مالک هیچ الزامی در نگاهداری اذن ندارد: برای مثال، اگر شخصی به همسایهٔ خود اجازه دهد که از خانهٔ او آب ببرد، همسایه نمی‌تواند رضای مالک را سبب برقراری حقی به سود خود بداند. مادهٔ ۱۰۸ قانون مدنی در همین زمینه می‌گوید: «در تمام مواردی که انتفاع کسی از ملک دیگری به موجب اذن محض باشد، مالک می‌تواند هر وقت بخواهد از اذن خود رجوع کند...»، و مادهٔ ۹۸ این حکم را در مورد حق عبور به این عبارت تکرار کرده است: *«اگر کسی حق عبور در ملک غیر ندارد، ولی صاحب ملک اذن داده باشد که از ملک او عبور کند، هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند و مانع عبور او بشود - همچنین است سایر ارتفاقات».*

۲۵۱. اذن الزام‌آور:

چنان‌که گفته شد، اثر اذن اباحه است نه التزام. با وجود این، گاه اذن در وضعی قرار می‌گیرد که رجوع از آن امکان ندارد:

۱. موردی که رجوع مالک مستلزم انجام دادن کاری باشد که به حکم قانون ممنوع است: مادهٔ ۱۰۸ ق.م. نیز، پس از اعلام اختیار مالک در رجوع، می‌افزاید: «... *مگر اینکه مانع قانونی موجود باشد*». مثال مرسوم این مانع قانونی فرضی است که، مالکان قریه‌ای به اهالی ده مجاور اذن دهند که مردگان خود را در زمین آن قریه دفن کنند. در این فرض، چون نبش قبر طبق مادهٔ ۱۰۰ قانون تعزیرات جرم و ممنوع است، آنها نمی‌توانند از ارادهٔ خود عدول کنند و از اهالی ده بخواهند که جسد را از زمین بیرون آورند[1]

گاه نیز ممکن است شخص به آوارگان اذن عبور از ملک خود را بدهد و قانون برای مدتی رجوع از این اذن را به دلیل اضطرار آوارگان ممنوع سازد.

۲. صورتی که مالک حق رجوع را از خود سلب کرده باشد: اگر شخصی ضمن فروش خانهٔ خود به خریدار اذن دهد که از ملک او عبور کند و مقصود دو طرف نیز التزام مالک به بقای در آن باشد، یا به طور صریح سقوط حق رجوع از اذن در آن شرط شود، چون این شرط به تراضی دو طرف جزء عقد بیع شده است، به تبابعیت از آن لازم است، و مالک تا زمانی که عقد بیع منحل نشده است حق رجوع از اذن را ندارد. مادهٔ ۱۲۰ قانون مدنی در این باره مقرر می‌دارد: «**هرگاه صاحب دیوار به همسایه اذن دهد که بر روی دیوار او سرتیری بگذارد یا روی آن بنا کند، هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند، مگر اینکه بوجه ملزمی این حق را از خود سلب کرده باشد**».

در واقع باید گفت، در این گونه موارد، رابطهٔ مالک و مأذون بر مبنای اذن ساده قرار ندارد، زیرا مالک با اسقاط حق رجوع، ارادهٔ خود را بر ایجاد التزام اعلام کرده است، و نتیجهٔ آن امری جز حق ارتفاق نیست.

۲۵۲. خسارت ناشی از رجوع مالک:

زیانی در اثر رجوع مالک از اذن خود به بار می‌آید اصولاً بر عهدهٔ او نیست، زیرا

---

۱. مرحوم دکتر سید حسن امامی، ج ۱، ص ۱۰۳.

مطابق قانون این حق را دارد و هیچ کس را نمی‌توان، از بابت اجرای حق مشروع خود، مسؤول شناخت و محکوم به‌خسارت کرد. ولی، باید دانست که، اعمال‌حق همیشه محدود به هدفی است که قانونگذار از ایجاد آن داشته است، وصاحب حق در صورتی از پرداختن زیانهای ناشی از اجرای آن معاف است، که حق را در همان راستا به کار برد که قانونگذار خواسته است. پس، اگر مالک برای رفع حاجت یا دفع ضرر خود ناگزیر از رجوع باشد، مسؤول زیان مأذون نیست، ولی هرگاه به قصد اضرار به مأذون یا لجبازی و انتقامجویی از اذن خود رجوع کند، باید از عهدهٔ زیانهای او برآید (مادهٔ ۱۳۲ ق.م. و اصل ۴۰ ق.ا.).

حتی می‌توان پیش‌تر رفت و گفت، جایی که جبران ضرر مأذون اقتضاء داشته باشد، دادگاه می‌تواند مالک را به حفظ دیوار یا بنای خود محکوم سازد (مادهٔ ۳ قانون مسؤولیت مدنی).

گفتار چهارم - اجرای حق ارتفاق

۲۵۳. حدود و لوازم ارتفاق:

برای تعیین حدود اختیار صاحب حق باید به منشأ و مبنای ارتفاق توجه کرد: اگر ارتفاق در اثر قرارداد ایجاد شده باشد، حدود و وسعت حق را تراضی دو طرف تعیین می‌کند. ولی، در مواردی که ترتیب خاصی در قرارداد پیش‌بینی نشده است، دادرس باید از مطالعهٔ عرف محل و اوضاع و احوال امر، مقصود مشترک آنان را استنباط کند. برای مثال، از حق داشتن در و پنجره، یا حق به منظر خانهٔ همسایه، می‌توان استنباط کرد که او نمی‌تواند در مقابل پنجره‌ها ساختمان کند.

برعکس، اگر حق ارتفاق ناشی از حکم قانون باشد، حدود اختیار صاحب حق را باید در روح و مفاد قوانین و عرف و عادت مسلم جستجو کرد (مادهٔ ۳ قانون آئین دادرسی مدنی).

۲۵۴. ارتفاق تبعی:

مطابق مادهٔ ۱۰۴ قانون مدنی: *«حق‌الارتفاق مستلزم وسایل انتفاع از آن حق نیز خواهد بود. مثل اینکه اگر کسی حق شرب از چشمه یا حوض یا آب‌انبار غیر دارد، حق عبور تا آن*

چشمه *یا حوض و آب‌انبار* هم *برای برداشتن آب دارد»*. ایجاد حق ارتفاق در بسیاری موارد مستلزم برقراری ارتفاقهای تبعی دیگر است. ولی، باید توجه داشت که این حقوق، فقط در صورتی به تابعیت از ارتفاق اصلی به‌وجود می‌آید، که برای استفادهٔ از آن ضروری باشد.

صاحب حق، به بهانهٔ آسان شدن اجرای ارتفاق اصلی، نمی‌تواند ادعای حقوق دیگری را بکند. به عنوان مثال، حق داشتن راه آب در ملکی شامل حق عبور از آن، در مواردی که فقط بردن آب را آسان می‌کند، نیست. ولی، صاحب حق در موارد ضروری می‌تواند برای تعمیر و تنقیه راه‌آب وارد آن ملک شود (بخش اخیر مادهٔ ۱۰۰ ق.م.). همچنین، حق داشتن ناودان مستلزم ارتفاق مربوط به نصب نردبام در ملک موضوع حق نیست.[۱]

ارتفاق تبعی تابع حق اصلی است و با از بین رفتن آن منتفی می‌شود: چنان‌که، اگر حق شرب از چشمهٔ واقع در ملکی به سبب مرور زمان ساقط شود، حق عبور از آن ملک نیز از بین خواهد رفت. ولی، اجرای ارتفاق تبعی مانع از جریان یافتن مرور زمان نسبت به حق اصلی نمی‌شود[۲].

۲۵۵. شیوهٔ اجرای حق:

شیوهٔ اجرای حق ارتفاق تابع قراردادی است که بین صاحب آن و مالک منعقد شده است. صاحب حق نمی‌تواند از حدود اذن مالک تجاوز کند و طرز اعمال یا محل آن را تغییر دهد (مادهٔ ۱۱۹ ق.م.). برای مثال، اگر کسی حق عبور از ملکی را به صورت پیاده داشته باشد، حق ندارد با اتومبیل یا اسب از آن ملک عبور کند، یا محلی را که مالک برای عبور او معین کرده است تغییر دهد.

اگر در قرارداد منشأ حق طرز خاصی پیش‌بینی نشده باشد، اعمال حق تابع عرف است و صاحب آن نمی‌تواند از حدود متعارف تجاوز کند؛ چنان‌که، در همان مورد حق عبور، صاحب ارتفاق حق ندارد در زمانی که به طور معمول مردم به خواب می‌روند، با

---

۱. ابری ورو، ج۳، بخش ۲۵۳، ص ۱۵۲ ـ پلنیول و ریپر، همان کتاب، ش ۹۷۶.
۲. ابری ورو، همان کتاب.

ورود در خانهٔ مالک آسایش خانوادهٔ او را بر هم زند.

مادهٔ ۱۰۷ قانون مدنی در این باره مقرر داشته است که: «تصرفات صاحب حق در ملک غیر که متعلق حق اوست، باید به اندازه‌ای باشد که قرار داده‌اند، و یا به مقدار متعارف و آنچه ضرورت انتفاع اقتضاء می‌کند».

۲۵۶. هزینهٔ اجرای حق:

هزینهٔ لازم برای استفاده صاحب حق به عهدهٔ او است و مالک تکلیفی در فراهم آوردن وسایل آن ندارد. با وجود این، دو طرف عقد می‌توانند بر خلاف این ترتیب تراضی کنند، و به هر صورت که مایلند مخارج استفادهٔ از حق را تقسیم نمایند (مادهٔ ۱۰۵ ق.م.).

برعکس، هزینه‌هایی که برای حفظ مال در برابر تصرف صاحب حق لازم است، به عهدهٔ مالک قراردارد. در حقیقت وضع مالک و صاحب ارتفاق در برابر هم، مانند وضع مالکان مجاور و همسایگان است: اگر در مقام اعمال حق، از حدود متعارف تجاوز نشود و عملیات صاحب حق برای انتفاع لازم باشد، و با وجود این ضرری متوجه مالک شود، خود او باید رفع ضرر کند و هزینه‌های لازم را بپردازد. چنان‌که مادهٔ ۱۰۰ قانون مدنی در خصوص حق مجرای آب می‌گوید: «اگر مجرای آب شخصی در خانهٔ دیگری باشد، و در مجری خرابی بهم رسد، بنحوی که عبور آب موجب خسارت خانه شود، مالک حق ندارد صاحب مجری را به تعمیر مجری اجبار کند، بلکه خود او باید دفع ضرر از خود نماید. چنانچه اگر خرابی مجری مانع عبور آب شود، مالک خانه ملزم نیست که مجری را تعمیر کند، بلکه صاحب حق باید خود رفع مانع کند. در این صورت، برای تعمیر مجری می‌تواند داخل خانه یا زمین شود، و لیکن بدون ضرورت حق ورود ندارد، مگر به اذن صاحب ملک».

در حق مجرا هیچ خصوصیتی وجود ندارد. پس، از ملاک این مادهٔ می‌توان، در تنظیم روابط مالک و صاحب حق، در تمام اقسام ارتفاق استفاده کرد.

۲۵۷. تکالیف مالک:

مالک نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که اجرای حق ارتفاق را برای مدتی به تأخیر اندازد، یا امکان آن را به کلی از بین ببرد. برای مثال، اگر کسی حق شرب از آب‌انبار

همسایه داشته باشد، مالک آب‌انبار حق ندارد، به این بهانه که پس از لوله‌کشی آب تصفیه شده نیازی به آب‌انبار ندارد، آن را به زیرزمین بدل کند، یا به بهانهٔ تجدید ساختمان و بدون ضرورت، مدتی آن را در حال خرابی نگهدارد. چنان‌که مادهٔ ۱۰۶ قانون مدنی در این باره می‌گوید: **«مالک ملکی که مورد حق‌الارتفاق غیر است، نمی‌تواند در ملک خود تصرفاتی نماید که باعث تضییع یا تعطیل حق مزبور باشد، مگر با اجازهٔ صاحب حق»**[۱]

با اینکه مادهٔ ۱۰۶ به‌طور کامل تعهد مالک را در قبال اجرای حق ارتفاق بیان کرده است، مادهٔ ۱۰۱ در مورد استفادهٔ از آب، که در بسیاری از نقاط ایران اهمیت حیاتی دارد، اضافه می‌کند، *«هرگاه کسی از آبی که ملک دیگری است به نحوی از انحاء حق انتفاع داشته باشد، از قبیل دائر کردن آسیا و امثال آن، صاحب آن نمی‌تواند مجری را تغییر دهد، بنحوی که مانع از استفادهٔ حق دیگری باشد.»*

اگر قرارداد ارتفاق اجرای آن را به محل معینی اختصاص نداده باشد، تعیین محل آن با مالک است و او می‌تواند، تا جایی که صدمه به حق ارتفاق نرسد، محل استفاده از آن را معین کند.

گفتار پنجم ـ حریم املاک

۲۵۸. معنی و هدف حریم:

مادهٔ ۱۳۶ قانون مدنی در تعریف حریم می‌گوید: **«حریم مقداری از اراضی اطراف ملک و قنات و نهر و امثال آنست که برای کمال انتفاع از آن ضرورت دارد».**

استفادهٔ از غالب املاک مستلزم این است که، زمین اطراف آن به ملکیت دیگری در نیاید، یا دست کم تصرفی در آن نشود که انتفاع از ملک را دشوار یا ناممکن سازد: برای مثال، اگر کسی در زمین موات قناتی احداث کند، برای آنکه بتواند از آبی که حیازت شده است استفادهٔ مطلوب را ببرد، باید آن مقدار از زمین اطراف حلقه چاهها را که جهت

---

۱. مادهٔ ۷۳۶ قانون مدنی سویس به مالک اجازه می‌دهد، در مواردی که اجرای حق تمام یا قسمتی از فوائد خود را برای ملک صاحب حق از دست داده است، از دادگاه بخواهد تا او را از تمام یا قسمتی از حق ارتفاق بریء سازد. رویهٔ قضایی اجرای این ماده را مخصوص به موردی کرده که حوادث تازه‌ای باعث دگرگونی روابط طرفین شود: کلود دوپاکیه، مقدمه بر نظریهٔ عمومی و فلسفهٔ حقوق، ش ۲۰۰.

ریختن خاک آنها لازم است، همیشه در اختیار داشته باشد؛ و دیگران نیز نتوانند قنات و چاه دیگری در نزدیکی قنات او حفر کنند. این مقدار از زمین را در اصطلاح «حریم» و حقی را که مالک بر آن دارد «حقِ حریم» می‌نامند.

منظور اصلی از شناسایی حریم جلوگیری از تضرر صاحب آنست، و تأمین این نظر گاه موجب می‌شود که دیگران از تملک حریم ممنوع شوند؛ چنان‌که احیاء زمینی که جهت ریختن خاک اطراف چاه یا گذاردن چرخ و موتور لازم است، با فرض ایجاد حریم منافات دارد، و تملک آن صاحب چاه را از انتفاع کامل باز می‌دارد.

ولی، در غالب موارد، برای تأمین انتفاع کامل صاحب حریم و جلوگیری از ضرر او، لازم نیست که دیگران بکلی از تصرف در آن زمین ممنوع شوند؛ کافی است از تصرفاتی که مضر به حال او است خودداری کنند. دراین صورت، احیاء و تملک حریم امکان دارد، ولی مالک جدید نمی‌تواند، در آن تصرفی کند که با مقصود از ایجاد حریم منافات داشته باشد.

۲۵۹. ماهیت حق:

مادهٔ ۱۳۹ قانون مدنی در بیان ماهیت حریم مقرر می‌دارد: «**حریم در حکم ملک صاحب حریم است و تملک و تصرف در آن، که منافی باشد با آنچه مقصود از حریم است، بدون اذن از طرف مالک صحیح نیست، و بنابراین کسی نمی‌تواند در حریم چشمه و یا قنات دیگری چاه قنات بکند، ولی تصرفاتی که موجب تضرر نشود جایز است**».

موردی که حق حریم مانع از تملک دیگران می‌شود شباهت زیادی به حق مالکیت دارد. زیرا انتفاع از ملکی را به انحصار در اختیار صاحب حریم قرار می‌دهد. ولی، چون در هر حال به تابعیت و به لحاظ مالکیت صاحب آن بر ملک دیگری ایجاد می‌شود، باید آن را نوعی حق ارتفاق خاص دانست، که مالک بر اراضی موات و مباح پیدا می‌کند.

در سایر موارد نیز، حق حریم بدون تردید یک حق ارتفاق منفی است که مالک چاه و قنات و نهر و امثال آن بر زمینهای اطراف ملک خود دارد.

۲۶۰. مال موضوع حق؛ قاعده:

بر طبق قاعده، حق حریم ویژهٔ زمین موات است و بر زمین آباد هیچ حقی بدون

رضای مالک آن برقرار نمی‌شود. قانون مدنی در این باره حکم صریحی ندارد. ولی از صفات مطلق و انحصاری بودن حق مالکیت با اندک تأملی می‌توان ایجاد نشدن حریم را در زمین آباد استنباط کرد.

چنانکه گفته شد، مالک نه تنها می‌تواند به هر ترتیب که مایل است از مال خود استفاده کند، اختیار دارد که از تصرف دیگران نیز جلوگیری کند و انتفاع از آن را در انحصار خود بگیرد. حق حریم نیز صورتی از حق ارتفاق است که مالک زمین را از پاره‌ای تصرفها ممنوع می‌کند، وگاه نیز به صاحب حق اجازه می‌دهد که از حریم استفاده کند. پس، ایجاد حق حریم در ملک دیگری با حق مالکیت صاحب آن منافات دارد و فقط در صورتی می‌توان ملکی را بدون رضای صاحب آن حریم ملک دیگر قرار داد، که قانون به صراحت اجازه داده باشد: یعنی، اگر در برقراری این حق مالکان توافق نکرده باشند، ایجاد آن فقط به حکم قانون ممکن است.

اصل ایجاد نشدن حریم در زمینهای دائر به اندازه‌ای بدیهی است که فقهای امامیه و نویسندگان حقوق مدنی در پذیرفتن آن اتفاق نظر دارند.[۱]

پس، اگر کسی چاه آبی در زمین موات حفر کند، هیچ کس حق ندارد در حریم آن تصرفی کند که موجب نقصان آب چاه یا خرابی میلهٔ آن شود. ولی، اگر همین چاه در محلی کنده شود که زمینهای اطراف آن ملک اشخاص است، برای انتفاع کامل از آن هیچ حریمی ایجاد نخواهد شد: یعنی مالکان مجاور می‌توانند در ملک خود قنات و چاه احداث کنند و صاحب چاه حق ندارد، به این استناد که او از پیش اقدام به حفر آن کرده است، از تصرفات دیگران جلوگیری کند.

با وجود این، اقدام به حفر چاه جدید فقط در صورتی مجاز است که اعمال مربوط به حفاری متعارف و برای رفع حاجت یا دفع ضرر از مالک باشد (مادهٔ ۱۳۲ قانونی مدنی) و قانون سوء استعمال حق را مجاز نمی‌داند. پس، اگر مالکی، به منظور اضرار به صاحب قنات مجاور، در ملک خود احداث چاه کند، یا در کشیدن آب و عمق چاه از حدود متعارف تجاوز کند، می‌توان از کار او جلوگیری کرد.

---

۱. مرحوم دکتر سید حسن امامی، ج ۱، ص ۱۲۲ و ۱۲۳ ـ مرحوم عدل، ص ۵۸ ـ دیوان کشور، رأی شماره ۶۳۴ ـ ۴۳/۳/۲۲ شعبهٔ چهارم ـ و در فقه: علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، باب احیاء اراضی موات ـ شهید ثانی، مسالک‌الافهام در همین باب.

۲۶۱. حکم خاص قانون قنوات:

کمبود آب در غالب شهرستانها و لزوم تشویق کسانی که مایلند برای مزارع و باغهای خود تهیهٔ آب کنند، موجب شده است که قانونگذار در پاره‌ای موارد مالکیت خصوصی را محدود کند و در زمینهای آباد نیز حق حریم را بشناسد. در قانون قنوات مصوب ششم شهریورماه ۱۳۰۹، که در واقع قانون مدنی را در باب حریم تکمیل کرده است، مقرراتی وجود دارد که حریم را در اراضی دایر نیز به طور ضمنی پیش‌بینی کرده است.

به موجب مادهٔ ۳ این قانون: «*در املاک مزروعی مطلقاً و در باغات دهات و باغات قصبات و باغات خارج از شهرها، مشروط بر اینکه عرفاً اطلاق منزل به آنها نتوان کرد، هرگاه کسی بخواهد چاه یا استخر یا مجرای قناتی احداث نماید، یا برای اصلاح یا تکمیل قناتی چاه یا مجرایی ایجاد کند، صاحبان املاک مزبور حق ندارند (مشروط بر اینکه رعایت حریم شده باشد) جلوگیری نمایند. ولی باید قیمت عادلهٔ زمین و اعیان آن، که چاه و استخر و مجرای جدید در آنجا حفر می‌شود، قبلاً تأدیه گردد...*».

بنابراین، در مزارع و باغات دهات، مالکان در حدود مقررات قانون قنوات مجبورند که به مقدار کافی از املاک خود به کسانی که قصد ایجاد چاه یا استخر یا قنات دارند واگذار کنند.

پس از انتقال ملک و احداث قنات، با آنکه حلقه چاهها در زمین دایر ایجاد شده است، مالک آن طبق مادهٔ ۱ قانون قنوات ناگزیر است که رعایت حریم قنات احداث شده را بکند، و از اقداماتی که مضر به حال آن است خودداری نماید.

به همین ترتیب، اگر کسی در ملک خود نیز قنات یا چاه آبی حفر کند، از مفهوم مواد ۱ و ۳ قانون چنین برمی‌آید، که مالکان مجاور باید رعایت حریم آن را بکنند. زیرا، وقتی مالکی ناچار باشد که به منظور تسهیل در کار حفر قنات دیگری ملک خود را واگذار کند و در بقیهٔ اراضی نیز رعایت حریم آن قنات را بکند، باید گفت که اگر این قنات در ملک مجاور نیز کنده شود، به طریق اولی حق حریم را بر ملک او تحمیل خواهد کرد. بنابراین، طبق قانون قنوات، در اراضی مذکور در مادهٔ ۳ حریم اختصاص به زمین بایر ندارد و در املاک اشخاص نیز به‌وجود خواهد آمد.[1]

---

۱. حکم شماره ۶۳۴ - ۴۳/۳/۲۲ شعبهٔ ۴ دیوان کشور.

۲۶۲. رویهٔ قضایی:

با اینکه غالب استادان حریم را به زمین مباح اختصاص داده و مبانی قانون مدنی و مالکیت را محترم شمرده‌اند، دادگاهها به خاطر حفظ مصالح عمومی و حمایت از حقوق کسانی که سرمایهٔ خود را در راه تهیهٔ آب به کار برده‌اند، مایلند که حریم را در زمینهای آباد نیز بپذیرند. در حریم چاه و قنات بیشتر اتکاء محاکم به مواد قانون قنوات است، و ملاحظهٔ نمونه‌های زیر بخوبی این میل را نشان می‌دهد:

الف. رأی شماره ۶۳۴ـ ۴۳/۳/۲۲ شعبهٔ چهارم دیوان عالی کشور:

«هر چند حکم دادگاه بر محکومیت فرجامخواه از جمله مستند است به مادهٔ ۱۳۸ و ۱۳۹ قانون مدنی و قاعدهٔ حریم قنات، و این استناد صحیح نیست، چه این دعوی در مورد قناتی است که در ملک غیر قرارگرفته و قاعدهٔ حریم ناظر به مباحات است و املاک را شامل نمی‌باشد؛ لکن چون دادگاه بنحویکه از مجموع محتویات پروندهٔ نخستین و پژوهشی و نظر کارشناس هر دو پرونده استنباط کرده، چاه فرجامخواه را مضر به حال قنات فرجامخواندگان تشخیص داده، حکم دادگاه از حیث این استناد با توجه به قسمت اول مادهٔ ۱ قانون راجع بقنوات مصوب ۳۰۹/۶/۶ (که صاحب ملک را در انحاء تصرفات در اطراف چاه و مجری و اراضی واقع بین دو چاه در صورتی مجاز دانسته که تصرفات او موجب ضرر صاحب قنات یا مجری نشود) خالی از اشکال بنظر می‌رسد».

و با توجه به اینکه دادگاه نخستین، به استناد مادهٔ ۱ قانون قنوات، حریم قنات را در زمین آباد شناخته است، معلوم می‌شود که دیوان کشور تا چد حد حکم این ماده را تعمیم داده است.

ب. رأی شمارهٔ ۴۰۶-۳۸/۶/۲۸ شعبهٔ ۴ دادگاه بخش تهران:

«... نظر به اینکه به موجب مستفاد از مواد ۱ الی ۳ قانون قنوات مصوبه ۶ شهریور ماه ۱۳۰۹، فرض حریم لااقل نسبت به قنوات خارج از شهر اختصاصی به اراضی مباحه و موات ندارد، و صرفنظر از اینکه مالکیت خوانده نسبت به اراضی اطراف چاه احداثی در پرونده امر مدلل نیست، وکیل نامبرده نیز به شرح صورتمجلس مورخه ۳۵/۱۲/۱۷ وجود حریم را برای قنات ملکی خواهانها مسلم دانسته و منتهی ادعاء کرده است که چاه احداثی خوانده، به علت وضع مخصوص آن، داخل در حریم مزبور محسوب نخواهد شد».

«نظر به اینکه به موجب نظر کارشناس منتخبه، سفرهٔ آبده چاه عمیق احداث شده در کارخانهٔ مارگارین از عمق ۱۸ متری شروع می‌گردد، و مضر به حال قنات قلعه نو ملکی خواهانها است، و

نزاع طرفین در اینکه چهارده حلقه چاه نزدیکتر به کارخانهٔ مارگارین، رشتهٔ قدیمی و اصلی قنات قلعه نو است، یا رشته دورتر، که فعلاً آب در آن جریان دارد، اساساً در قضیه مؤثر نیست. زیرا، بر طبق نقشهٔ تقدیمی کارشناس و توضیحات وی در جلسات دادرسی مورخهٔ ۳۷/۶/۴ و ۳۸/۶/۲۷ فاصلهٔ بین چاه عمیق و اولین چاه پیشکار قنات قلعه‌نو ۴۲۲ متر و فاصلهٔ آن با حلقه چاه محاذی رشته چاههای قنات مذکور ۵۰۹/۵۰ متر و حریم لازم برای حفظ آب قنات قلعه نو لااقل ۶۰۰ متر است، و بنابر این فرضاً که حلقه چاههای نزدیکتر به چاه عمیق احداثی جزء رشتهٔ اصلی نباشد، در هر حال ورود خسارت بر قنات قلعه نو مسلم خواهد بود...».

۲۶۳. قوانین جدید؛ توزیع عادلانهٔ آب:

قاعدهٔ اختصاص داشتن حریم به زمینهای موات، که از اصول مورد احترام در قانون مدنی استنباط می‌شود، پس از تصویب قانون آب و نحوهٔ ملی شدن آن به شدت مورد تردید قرار گرفت. زیرا، در مادهٔ ۲۵ آن اعلام شد: «احداث چاه در هر محل و استفاده از آن برای مصرف خانگی و شرب بهداشتی و باغچه، تا ظرفیت ۲۵ متر مکعب در شبانه‌روز، مجاز است و احتیاج به صدور پروانهٔ حفر ندارد...» و در تبصرهٔ ماده تصریح شده بود که «در صورتیکه حفر این قبیل چاهها موجب کاهش یا خشکانیدن آب و چاه و یا قنات مجاور گردد، وزارت آب و برق می‌تواند، در صورت عدم توافق مالکین، به شکایت شاکی رسیدگی و در صورت احراز این موضوع چاه جدید را مسدود و یا از حفر و بهره‌برداری آن جلوگیری کند». لحن ماده چنان بود که گویی در نظر قانونگذار کنونی بین زمین موات و ملک اشخاص، از نظر ایجاد حریم، هیچ تفاوتی وجود ندارد. مفاد مادهٔ ۳۸ نیز، در بارهٔ چاههایی که اشخاص در ملک دیگری دارند، این نکته را تأیید می‌کرد. در این باب محاکم تصمیمی نگرفتند و، چون مرجع رسیدگی به شکایت نیز وزارت آب و برق معین شده بود، امید ایجاد رویهٔ قضایی نیز نمی‌رفت؛ ولی این ادعا که حکم مواد ۲۵ و ۳۸ جنبهٔ استثنایی دارد، دشوار می‌نمود. حداقل باید پذیرفته می‌شد که حریم چاه و قنات در اراضی مملوک نیز ایجاد می‌شود و سایر انواع حریم تابع قانون مدنی است.

قانون توزیع عادلانهٔ آب این بدعت را تعدیل کرد: رسیدگی وزارت نیرو محدود به مواردی شد که چاه جدید در اراضی «غیر محیات» حفر شود و باعث نقصان آب قنات یا چاه دیگران شود (یعنی، فرضی که مطابق قاعده حریم ایجاد می‌شود). این رسیدگی نیز تا مرز اظهارنظر است و تصمیم نهایی را دادگاه صالح می‌گیرد (مادهٔ ۱۴ و تبصره ۱) در بند د مادهٔ ۱۴ نیز تصریح شد:

«در مواردی که چاه یا قنات جدید در اراضی محیاة حفر و احداث شده باشد و آب منابع مقابل را جذب ننماید، احکام بالا در مورد آن جاری نخواهد شد».

این حکم نشان می‌دهد که حریم ویژهٔ موات است و در زمین آباد که تملک شده ایجاد نمی‌شود. ولی، نقطهٔ ابهامی که در ماده وجود دارد مربوط به قید «آب منابع مقابل را جذب ننماید»است. آیا چاه قبلی در استفاده از سفرهٔ آبده حق تقدم دارد و چاه جدید باید آن را رعایت کند؟ و اگر چنین است چه تفاوتی میان حریم و این حق تقدم یا اولویت هست؟

به نظر می‌رسد که پاسخ نخستین سؤال مثبت است و قانونگذار چنین حق تقدّمی را شناخته و راه‌حل آن را در بندهای الف و ب و ج مادهٔ ۱۴ پیش بینی کرده است. در پاسخ سؤال دوم باید گفت: حریم همراه با امارهٔ ایجاد ضرر همراه است و تصرف زیان‌آور را محدود می‌کند. ولی، آنچه در قانون توزیع عادلانه آب پیش‌بینی شده مبتنی بر اداره و توزیع عادلانهٔ آب و جمع بین دو حق است که در مورد حریم نیز اجراء می‌شود. در این راه‌حل اداری آمده است:

الف. «در صورتی که کاهش و یا خشک شدن منابع مجاور با کف شکنی و یا حفر چاه دیگری جبران پذیر باشد، با توافق طرفین صاحبان جدید چاه باید هزینهٔ حفر چاه و یا کف‌شکنی را به صاحبان منابع مجاور پرداخت نمایند».

ب. «در صورتی که کاهش و یا خشک شدن منابع مجاور با حفر چاه و یا کف‌شکنی جبران‌پذیر نباشد، در این صورت با توافق طرفین مقدار کاهش یافتهٔ آب منابع مجاور در قبال شرکت در هزینهٔ بهره‌برداری به تشخیص وزارت نیرو از چاه یا قنات جدید باید تأمین شود. در صورت عدم توافق طرفین طبق بند ج این ماده عمل می‌شود».

ج. «در صورتی که با تقلیل میزان بهره‌برداری از چاه یا قنات جدید مسألهٔ تأثیر سوء در منابع مجاور از بین برود، در این صورت میزان بهره‌برداری چاه یا قنات جدید تا حد از بین رفتن اثر سوء در منابع مجاور کاهش یابد».

دو راه‌حل نخست منوط به توافق دو طرف است، ولی راه‌حل سوم نهایی و قاطع است: یعنی، وزارت نیرو باید در بارهٔ چگونگی جلوگیری از ضرر صاحب حریم نظر بدهد و، در صورت اعتراض، دادگاه نیز در بارهٔ آن تصمیم بگیرد.

بدین ترتیب، باید گفت در مورد چاه یا قنات جدیدی که به چاه یا قنات قدیم ضرر می‌رساند، خواه در زمین مباح باشد یا آباد، راه‌حلها یکسان است و هیچ تفاوتی باهم ندارد، ولی، در مورد تشخیص ضرر، احتمال دارد یکی از دو راه‌حل انتخاب شود: ۱) در این فرض نیز تمیز

ورود ضرر با وزارت نیرو است و اماره‌های پیش‌بینی شده در قانون مدنی (مقدار حریم به کار نمی‌آید. ۲) اماره‌های ورود ضرر به سود صاحب حریم رعایت می‌شود، مگر اینکه کارشناس خلاف آن را احراز کند.

احتمال نخست، تفاوت میان زمین مباح و آزاد را به کلی از بین می‌برد و تخصیص مهمی برای قواعد حریم در قانون مدنی است. لیکن، احتمال دوم از تعارض می‌کاهد و از اماره‌های حریم برای تمیز مدعی و منکر در دعوی ورود ضرر می‌توان استفاده کرد: بدین معنی که، چون صاحب چاه جدید ادعا می‌کند که تصرف او زیانی به حال صاحب حریم ندارد، او باید بار اثبات دعوی را به دوش کشد. بدین گونه میان احکام دو قانون جمع می‌شود و به همین دلیل هم باید ترجیح داده شود (الجمع مهما امکن اولی).

۲۶۴. نتیجه:

با جمع مواد ۱ و ۳ قانون قنوات و مواد ۵ و ۱۴ قانون توزیع عادلانهٔ آب و مفاد قاعدهٔ حریم در قانون مدنی، می‌توان وضع املاک را در این باب به شرح زیر خلاصه کرد:

۱. حریم مخصوص زمینهای مباح است، و ایجاد آن در املاک امری است استثنایی که نیازمند به رضای مالک یا حکم قانونگذار است.

۲. اگر مالک مقداری از زمینهای خود را به منظور احداث چاه یا قنات به دیگری بفروشد، یا به حکم قانون ناگزیر از فروختن شود، باید در سایر بخشهای زمین رعایت حریم آن را بکند، خواه در برابر واگذاری حق نیز عوضی منظور شده باشد، یا دو طرف در این باره سخنی نگفته باشند (مادهٔ ۱ و ۳ قانون قنوات).

۳. اگر کسی مالک چاه یا قناتی در ملک دیگری باشد، رعایت حریم لازم است. زیرا، یا مالکیت چاه مقدم است، یا مالک زمین آن را به صاحب چاه منتقل کرده است، و در هر حال مالک زمین نمی‌تواند به حریم چاه تجاوز کند.

۴. در املاک مزروعی و در باغات دهات و خارج از شهر (مشروط بر اینکه عرفاً اطلاق منزل به آنها نتوان کرد)، اگر شخصی در ملک خود نیز چاه یا قناتی بکند، مالکان مجاور باید از تصرفی که مضر به حال آن است خودداری کنند (مفهوم موافق مادهٔ ۳ قانون قنوات).

۵. احداث چاه و قنات اصولاً با نظارت و اذن وزارت آب و برق انجام می‌شود و

دولت می‌تواند، برای حفظ حقوق صاحبان چاه و قنات، حفر آن را در پاره‌ای نقاط ممنوع سازد (مادهٔ ۴ قانون توزیع عادلانهٔ آب) و در مورد چاههای خانگی که بدون گرفتن پروانه حفر می‌شود، رعایت حق تقدم چاههای مجاور ضرورت دارد، خواه این چاهها در زمین موات حفر شده باشد یا مملوک.

۲٦۵. مقدار حریم:

مقدار حریم بر حسب موقعیت طبیعی زمین و حکم عرف معین می‌شود: حریمی که برای راه عبور منزلی تا معبر عمومی به‌وجود می‌آید بستگی کامل به فاصلهٔ آن زمین تا معبر و مقدار زمینی که در عرف برای راه عبور کافی است دارد. ولی، قانونگذار از نظر اهمیتی که حریم چاه و چشمه و قنات دارد، در مواد ۱۳۷ و ۱۳۸ مقدار آن را تعیین کرده است.

به موجب مادهٔ ۱۳۷: «*حریم چاه برای آب خوردن ۲۰ گز و برای زراعت ۳۰ گز است*». و مطابق مادهٔ ۱۳۸: «*حریم چشمه و قنات از هر طرف در زمین رخوه ۵۰۰ گز و در زمین سخت ۲۵۰ گز است. لکن اگر مقادیر مذکور در این ماده و مادهٔ قبل برای جلوگیری از ضرر کافی نباشد، به اندازه‌ای که برای دفع ضرر کافی باشد به آن افزوده می‌شود*». همچنین، بر طبق مادهٔ ۱ قانون تعیین حریم دریاچهٔ احداثی در پشت سدها، مصوب ۱۷ مرداد ۱۳۴۴ حریم این گونه دریاچه‌ها «*یکصد متر از محیط اطراف تر شده، بر مبنای حداکثر ارتفاع آب روی سرزیر*» است.[1]

در مورد قنوات، باید توجه داشت که، مقدار ۵۰۰ یا ۲۵۰ گز حریم چاههای آبده قنات است، و نسبت به مجرای خشکه کار قنات، حریم به اندازه‌ای است که بتواند از نفوذ آب به سایر مجاری و خرابی میله چاهها جلوگیری کند: چنان‌که در زمینهای سخت، گاهی مجاری دو قنات به ارتفاعهای مختلف از روی هم می‌گذرد و آب جاری هیچ یک نیز در دیگری نفوذ نمی‌کند.

همچنین، باید دانست که حریم در مورد چاهها و قنوات دایر محترم است. بر طبق

---

۱. هیأت دولت، ضمن تصویبنامه‌های مورخ ۴۴/۴/۹ و ۴۶/۲/۴ به استناد تبصرهٔ ۵۶ قانون بودجهٔ اصلاحی سال ۱۳۴۳ برای نهرهای شبکهٔ آبیاری کرج و راههای کشور حریم خاص معین کرده است.

مادهٔ ۱۱ قانون حفظ و حراست منابع آبهای زیرزمینی کشور: «*قنوات و چاههایی که چهار سال متوالی بایر و بدون آب جاری مانده یا بماند، در صورتی که با اخطار قبلی وزارت آب و برق به مالک یا مالکین و تعیین مهلتی که از یک سال تجاوز نخواهد کرد مالک یا مالکین نسبت به دایر کردن قنات یا بهره‌برداری از چاه اقدام ننمایند، متروکه تشخیص داده شده و احداث چاه یا قنات در حریم آنها، با اجازهٔ وزارت آب و برق، مجاز خواهد بود*». مفاد این ماده با اندک تغییر ضمن مادهٔ ۱۶ قانون توزیع عادلانهٔ آب تأیید شده و در آن تصریح گردیده «*... وزارت نیرو می‌تواند رأساً آنها را احیاء نموده و هزینهٔ صرف شده را در صورت عدم پرداخت مالک یا مالکین از طریق فروش آب وصول نماید. همچنین، می‌تواند اجازهٔ حفر چاه یا قنات در حریم چاه یا قنات فوق‌الذکر صادر نماید*».

۲۶۶. مقدار حریم اماره قانونی ایجاد ضرر است:

پرسش اصلی این است که، آیا در فاصله‌های مذکور در مواد ۱۳۷ و ۱۳۸ در همه حال احداث قنات و حفر چاه ممنوع است، یا اگر ثابت شود که کندن چاه و قنات در مقداری از این فاصله نیز زیانی به قنات اصلی نمی‌رساند، حریم نیز به همین مقدار کاهش می‌یابد: به سخن دیگر، آیا خلاف حکم این مواد را در دادگاه می‌توان اثبات کرد، یا هیچ‌گاه مقدار حریم کمتر از آن فرض نمی‌شود و فقط برای دفع ضرر می‌توان بر آن اندازه‌ها افزود؟

دیوان کشور حفر چاه و قنات را در فاصله‌های مواد ۱۳۷ و ۱۳۸ مطلقاً ممنوع کرده و ادعای خلاف آن را مسموع ندانسته است.[1]

---

۱. حکم شماره ۲۹۰۳-۲۱/۹/۱۳ شعبهٔ اول، مجموعهٔ متین، چاپ ۱۳۳۰، ص ۲۹۵ - نکتهٔ جالب در این است که، در رأی شماره ۲۹۰۲-۲۱/۹/۲۳ پذیرفته شده است که این فاصله‌ها امارهٔ قانونی است، و با اینکه خلاف امارهٔ قانونی را همیشه می‌توان ثابت کرد، باز هم ادعا شده که مدعی نمی‌تواند ثابت کند که چاه او در این فاصله‌ها زیانی به قنات سابق بر آن نمی‌رساند، و اینک متن رأی:

«رأی بدوی و استینافی اساساً مبتنی است بر مسلم بودن احداث چاهها و کوره‌های مورد نزاع در حریم قنات پریان، و اعتراض فرجامخواهان به اینکه تنها وقوع در حریم برای ممانعت کافی نیست، بلکه مناط ایجاد ضرر است و تحقق ضرر از ناحیهٔ کارشناس محرز نیست، وارد نمی‌باشد. زیرا مضافاً بر اینکه در نوشتهٔ کارشناسان تضرر قنات و زیان از چاههای احداثی احراز و فقط تعیین میزان آن موکول به بعد شده، اساساً نسبت به چشمه و قنات، حریم مقرر در مادهٔ ۱۳۸ قانون مدنی امارهٔ قانونی است برای تضرر و محتاج به اعمال نظر کارشناس ←

ولی این حکم قابل انتقاد به نظر می‌رسد.زیرا از مادهٔ ۱۳۹ قانون مدنی بخوبی برمی‌آید، که سبب ایجاد حریم جلوگیری از تضرر صاحب حق است، و به همین جهت اگر او ثابت کند که اندازه‌های قانون برای این منظور کافی نیست، باید به مقدار لازم بر حریم افزود. پس، اگر شخصی که مایل است در فاصلهٔ ۲۰۰ متری قناتی چاه آب حفر کند، ثابت نماید که اقدام او به خاطر وضع خاص زمین زیانی به قنات نمی‌رساند، اجازهٔ حفر این چاه با مقصود ایجاد حریم منافات ندارد.

قانون مدنی بر مبنای غلبه فرض کرده است که، اگرچاه آبی در فاصلهٔ ۲۵۰ متری قنات کنده شود، هر چند زمین سخت باشد، باعث نقصان آب قنات می‌گردد، ولی خلاف این فرض را همیشه می‌توان ثابت کرد. زیرا، اماره در صورتی معتبر است که با سایر دلایل اثبات دعوی مخالف نباشد (مادهٔ ۱۳۲۳ قانون مدنی).

در اثر پیشرفت صنایع کشاورزی و آبیاری در عصر ما، چاههایی حفر می‌شود که از نظر فنی با سابق یکسان نیست. لوله‌های فلزی منصوب در چاه‌های عمیق، فقط در عمق زیاد مشبک است، و از ذخیرهٔ آب طبقه‌های زیرزمین استفاده می‌کند.[1] پس، این گونه چاهها با قنوات و چاههای کم عمق از یک سطح آب استفاده نمی‌کند و به‌طور معمول مضر به حال آنها نیست.

بنابراین، ممنوع ساختن مطلق حفر چاه در فاصله‌های پیش‌بینی شده در مواد ۱۳۷ و ۱۳۸، نه تنها با مفاد مواد ۱۳۹ و ۱۳۲۳ قانون مدنی مخالف است، با منافع اقتصادی و اجتماعی نیز تعارض دارد. وانگهی، با وجود احکامی که در قانون توزیع عادلانهٔ آب وجود دارد (ش ۲۶۲) ، دیگر هیچ تردیدی نیست که مقدار حریم امارهٔ ورود ضرر است نه حکم موضوعی.

← نیست، مگر از لحاظ تعیین سست و سخت بودن زمین، و به موجب مادهٔ ۱۳۹ قانون نامبرده، احداث چاه و یا قنات در حریم قنات دیگری مطلقاً ممنوع است، مگر با اجازهٔ صاحب آن قنات، ولی جواز تصرفات دیگر (غیر از احداث چاه و قنات) منوط است به ضرر».

۱. به موجب مادهٔ ۷ قانون حفظ و حراست منابع آبهای زیرزمینی کشور، مصوب دهم خرداد ۴۵، استفاده از این پوششهای جداری اجباری است و حتی وزارت آب و برق می‌تواند خود در این باب اقدام کند و مخارج آن را از مالک بگیرد (مادهٔ ۸) ـ همچنین، رک. مادهٔ ۱۱ قانون توزیع عادلانهٔ آب مصوب ۱۳۶۱.

فهرست تحلیلی عنوان‌ها

اموال ومالکیت

فهرست قوانین
شماره‌ها ناظر به عنوان موضوع است

قانون مدنی

مواد	موضوع
۳۲	۱۵۸
۳۳	۱۶۰-۱۵۹
۳۴	۱۶۱
۳۵	۱۱۶-۱۹۹
۶۲	۸۴
۶۷	۲۲۵
۷۲	۲۲۱
۸۸	۲۲۱-۸۷
۸۹	۲۲۱
۹۰	۸۷
۹۳	۲۳۹
۹۴	۲۴۸
۹۵	۲۴۴
۹۶	۱۶۵
۹۷	۲۴۴-۲۱۹-۱۱۰
۹۸	۲۴۹
۹۹	۲۴۸-۲۴۴
۱۰۰	۲۵۵-۲۵۴
۱۰۱	۲۵۶
۱۰۲	۲۴۰
۱۰۳	۲۴۰
۱۰۴	۲۵۳
۱۰۵	۲۵۴
۱۰۶	۲۵۵
۱۰۷	۲۵۴
۱۰۸	۲۴۹
۱۰۹	۱۲۴-۱۱۷-۱۱۱

مواد	موضوع
۵۶	۲۲۱-۸۷
۵۸	۲۲۴
۵۹	۲۲۵
۶۱	۲۲۰
۱۲۴	۱۲۷
۱۲۶	۱۲۷
۱۲۷	۱۲۷
۱۳۰	۱۶۲
۱۳۱	۱۶۲
۱۳۲	۱۲۶-۱۱۵-۱۱۳-۱۱۲
۱۳۲	۲۵۹-۲۵۱-۱۲۸
۱۳۳	۱۲۲
۱۳۴	۱۳۶
۱۳۵	۱۲۳
۱۳۶	۲۵۷
۱۳۷	۲۶۴
۱۳۸	۲۶۴
۱۳۹	۲۶۴-۲۵۸
۱۴۰	۱۶۶
۱۴۱	۱۶۷
۱۴۲	۱۶۸-۷۵-۶۹
۱۴۳	۱۷۰-۱۶۹
۱۴۴	۱۶۹
۱۴۵	۱۷۱
۱۴۶	۷۲
۱۴۸	۱۷۱
۱۴۹	۱۷۱-۷۶

قانون آیین دادرسی مدنی